

ISSN 2674-9386

REVISTA
DIREITO

FAE

VOL 2 / NÚM 1 / 2020



REVISTA
DIREITO

FAE

FAE Centro Universitário

RDF	Curitiba	v. 2	n. 1	p. 325	2020
-----	----------	------	------	--------	------

REVISTA DIREITO --- FAE

ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS – AFESBJ

Frei João Mannes, OFM
Presidente

Frei Mário José Knapik, OFM
Vice-presidente

Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor

Everton Drohomerecki
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento

José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação

Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento

Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão

Naiara Fernanda Johnsson
Comissão Própria de Avaliação – CPA

COORDENADORES DE NÚCLEO E DEPARTAMENTO DA FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD

Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD

Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação Digital – NED

Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP

Andrea Bier Serafim
Núcleo de Extensão Universitária – NEU

Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais – NLEG

Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA

Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA

Areta Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI

REVISTA DIREITO FAE

Paulo Roberto Araújo Cruz

Diretor de Relações Corporativas

Mônica Bosio

Ouvidora

Rita de Cássia Marques Kleinke

Pastoral Universitária

Edith Dias

Soraia Helena Ferreira Almondes

Bibliotecárias

CAMPUS - CURITIBA

Andrea Regina Hopfer Cunha

Diretora do *Campus* Curitiba

COORDENADORES DE CURSO

Jorge Wilson Michalowski

Administração, bacharelado

Roger Lahorgue Castagno Junior

Management Experience Program – MEP

Engenharia Civil, bacharelado

Adriane Cordoni Savi

Arquitetura e Urbanismo, bacharelado

Érico Eleutério da Luz

Ciências Contábeis, bacharelado

Solidia Elizabeth dos Santos

Ciências Econômicas, bacharelado

Negócios Internacionais, bacharelado

Randy Rachwal

Comunicação Social: Publicidade e Propaganda,
bacharelado

Negócios Digitais – bacharelado

Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Comercial

Valter Pereira Francisco Filho

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Financeira

Curso Superior de Tecnologia em Logística

Vera Fatima Dullius

Curso Superior de Tecnologia em Gestão de
Recursos Humanos – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Comercial – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Financeira – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Logística –
semipresencial

Ceres Luehring Medeiros

Design, bacharelado

Gilberto Andreassa Júnior

Direito, bacharelado

Karlo Messa Vettorazzi

Programa FAE *Law Experience*

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva

Engenharia de Produção, bacharelado

Engenharia Mecânica, bacharelado

REVISTA DIREITO FAE

Antônio Joaquim Pinto, OFM

Filosofia, bacharelado

Filosofia, licenciatura

Rogério Tomaz

Letras – Português e Inglês, licenciatura

Silvia Iuan Lozza

Pedagogia, licenciatura

Joyce Kelly Pescarolo

Psicologia, bacharelado

CAMPUS - SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

Elcio Douglas Joaquim

Diretor do *Campus* São José dos Pinhais

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof

Administração, bacharelado

Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva

Direito, bacharelado

CAMPUS - ARAUCÁRIA

Elcio Douglas Joaquim

Diretor do *Campus* Araucária

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof

Administração, bacharelado

Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva

Direito, bacharelado

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva

Engenharia de Produção, bacharelado

Engenharia Mecânica, bacharelado

Engenharia Elétrica, bacharelado

RDF [recurso eletrônico]: Revista FAE de Direito. Vol. 2, n. 1 (jun. 2020)

Semestral.

Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/issue/view/7>

ISSN: 2674-9386

1. Direito - Periódicos

EDITORIAL

Apresentamos, com muita alegria, à comunidade científica nacional a segunda edição da Revista de Direito FAE – RDF. Trata-se da consolidação de um projeto encampado pela Professora Thais Savedra de Andrade, a Coordenação do Curso de Graduação em Direito da FAE Centro Universitário e o Núcleo de Pesquisa Acadêmica da Instituição.

O periódico é resultado do desejo de oportunizar a publicação de escritos comprometidos com as questões sociais e a discussão do direito enquanto elemento da cultura, cidadania, inclusão social e democratização do saber. Esta segunda edição conta com artigos de professores, alunos e egressos da FAE Centro Universitário, em reunião de esforços para a concretização deste projeto.

Os trabalhos são de grande qualidade e tratam dos mais diversos temas do Direito, desde questões atinentes ao Direito Constitucional, perpassando por questionamentos sobre mutação constitucional, a subjetividade da classificação racial, os limites da liberdade de expressão ou, ainda, por um estudo sobre o Estado de exceção. Aborda, também, temas como a adoção e reprodução assistida heteróloga, *compliance* trabalhista, direito ao esquecimento e seus reflexos penais, e um estudo sobre a pessoa com deficiência e sua relação com a sociedade.

É importante a continuidade dos agradecimentos, em especial, a todos que abraçaram esta ideia, à comunidade acadêmica do Curso de Graduação em Direito da FAE Centro Universitário que, por meio de seus estudos e trabalhos científicos, fortalecem o alicerce da pesquisa em nossa instituição.

REVISTA DIREITO --- FAE

Cabe mencionar, também, o agradecimento e a valorização dos trabalhos desenvolvidos nos Grupos de Pesquisa da instituição que veem revelando grande celeiro de discussões e pesquisas importantíssimas na área jurídica, fato que é concretizado tanto com a grande produção acadêmica escrita, como no desenvolvimento de eventos organizados dentro da instituição, em parceria com tantas outras, proporcionando não só um intercâmbio de conhecimento como, também, a disseminação de um pensamento jurídico crítico, desenvolvido pelos futuros operadores do direito que formam e transformam a sociedade, para melhor.

Boa leitura.

KARLO MESSA VETTORAZZI

Membro do Comitê Editorial da RDF

Coordenador do Law Experience da FAE - Centro Universitário

REVISTA DIREITO FAE

SUMÁRIO

QUEM É QUEM NA FAE – CENTRO UNIVERSITÁRIO	2 - 4
EDITORIAL	5 - 6
1. ADOÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: O EMBATE ÉTICO, Gilberto ANDREASSA JR., Lucas Rocha EGG.....	9 - 66
2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE. O TRATAMENTO CONFERIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO E A EFICÁCIA SOCIAL DAS LEIS. A PROTEÇÃO ESPECIAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, Luciana Ferreira de MELLO, Mariana OLIVA.....	67 - 97
3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA, Caroline Viganó MATTAR ASSAD, Thiago Miranda MINAGÉ	98 - 122
4. COMPLIANCE TRABALHISTA, Roberta Potzik Soccio KRUPPA, Anselmo GONÇALVES	123 - 145
5. CONTRA DADOS NÃO HÁ ARGUMENTOS: TEORIA PURA DO DIREITO E JURIMETRIA, Antonio Edemir PILATTO, Fernando SCHUMAK MELO	146 - 163
6. DA ESTABILIZAÇÃO DO RISCO LABORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE EMPREGADOR PERANTE O ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL, Thais Poliana de ANDRADE, José Lucas de MIRANDA	164 - 211
7. A SUBJETIVIDADE DA CLASSIFICAÇÃO RACIAL E O PROBLEMA DA FORMALIDADE PROCEDIMENTAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS, Dalva Ferreira de ARAÚJO, Evandro Limongi Marques de ABREU	212 - 232
8. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO, Maria Fernanda KERSTING, Julia Heliodoro Souza GITIRANA.....	233 - 260
9. DIREITO AO ESQUECIMENTO E (ALGUNS) REFLEXOS NO DIREITO PENAL, Isabela Maria STOCO, Marion BACH	261 - 290

REVISTA
DIREITO

FAE

10. ESTUDO SISTEMÁTICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO COM VISTAS À DEFESA DA DEMOCRACIA, *Thais de Andrade SAVEDRA, Stephany Lia BRONCA.*291 - 325

**ADOÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: O EMBATE
ÉTICO**

*ADOPTION AND HETEROLOGOUS ASSISTED REPRODUCTION:
THE ETHICAL STRUGGLE*

Gilberto ANDREASSA Junior¹

Lucas Rocha EGG²

RESUMO

O presente trabalho examina os institutos da adoção e reprodução assistida, destacando-se o desenvolvimento histórico, aplicação prática e realidade de seus sistemas. Entendidos os aspectos e definições, se fará uma abordagem ética sobre a preferência dos indivíduos que buscam a realização do projeto familiar, seja pelo desejo de viver a maternidade ou paternidade, seja por motivos de infertilidade. Questiona-se a utilização da reprodução assistida na modalidade heteróloga, considerando sua similaridade com o instituto da adoção, à luz do contexto precário que vivem as crianças e os adolescentes abandonados que aguardam nos abrigos

¹ Doutorando, Mestre e Especialista em Direito. Bolsista no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD-PUC/PR), com auxílio da Fundação Araucária/CAPEL. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e professor universitário (FAE Centro Universitário e cursos de pós-graduação). Coordenador no curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: gilberto.andreassa@fae.edu.

² Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário, Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Assessor de Primeiro Grau-TJPR. E-mail: lucasrochaegg@hotmail.com.

por pretendentes. Estatísticas demonstram que muitos têm interesse em adotar uma criança, porém, são impedidos pela morosidade do processo e por suas próprias preferências fenotípicas, eis que o número de crianças e adolescentes disponíveis para a adoção é limitado. Baseados nos preceitos da bioética, os profissionais da área da saúde e o Estado devem conscientizar a sociedade acerca da realidade que vivem os abrigados, enaltecendo a necessidade de impedir que as novas técnicas de procriação artificial inibam o desenvolvimento do instituto da adoção.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção; Biodireito; Bioética; Humanismo jurídico; Reprodução assistida.

ABSTRACT

This paper examines the institutes of adoption and assisted reproduction, highlighting the historical development, the practical application and the reality of their systems. Once the aspects and definitions are understood, an ethical approach will be made about the preference of the individuals who seek the accomplishment of the family project, either due to the desire to live maternity or paternity, or for infertility reasons. The use of assisted reproduction in the heterologous modality is questioned, considering its similarity with the adoption institute, in the light of the precarious context of abandoned children and adolescents who wait in shelters for suitors. Statistics show that many are interested in adopting a child, but are hampered by the length of the process and their own phenotypic preferences, as the number of children and adolescents available for adoption is limited. Based on the precepts of bioethics, health professionals and the state should make society aware of the reality that shelters live, emphasizing the need to prevent new techniques of artificial procreation from inhibiting the development of the adoption institute.

KEY WORDS: Adoption; Bioright; Bioethics; Legal humanism; Assisted reproduction.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento e inovações da biomedicina, surgem debates éticos e situações jurídicas que necessitam de especial atenção do Direito. As técnicas de reprodução assistida visam solucionar problemas de infertilidade e realizar desejos procriacionais, entretanto, sua modalidade heteróloga enfrenta um instituto já existente que - além de satisfazer os mesmos interesses - é capaz de resolver um problema social dos mais antigos.

A situação de crianças e adolescentes abandonados é enfrentada desde os tempos antigos, sendo a adoção a ferramenta utilizada para mitigar esse cenário. A aplicação do instituto no direito romano e no direito francês influenciou a sua regulamentação no Brasil, hoje estampada a partir do art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Nacional de Justiça criou o Cadastro Nacional de Adoção, onde as crianças ficam disponibilizadas para adoção, cujos dados são acessados pelos candidatos. Apesar de o número de pretendentes ser significativamente maior que o número de crianças e adolescentes disponíveis, ainda há ineficiência em encontrar um lar para todos os vulneráveis cadastrados, em razão da morosidade do processo e de preferências dos pretendentes como idade e gênero, que dificultam a concretização da adoção.

Em contrapartida, nas últimas décadas, as técnicas de reprodução assistida se desenvolveram de tal forma que passaram a ser uma opção primária para os casais e singulares que desejam exercer a maternidade ou paternidade. A doação de material genético - espermatozoides e óvulos -, apesar de ser um ato legítimo e previsto pelo Conselho Federal de Medicina, possibilitou um verdadeiro procedimento

artificial de geração de seres humanos, com a finalidade de garantir o direito à família aos indivíduos que possuem problemas de infertilidade ou dificuldade na procriação.

A criação de um ser de patrimônio genético diverso daquele que lhe encomendou, através da reprodução assistida, se assemelha tanto à adoção que seu uso indiscriminado pode ferir preceitos fundamentais e a dignidade daqueles que, abandonados, aguardam por um lar.

No primeiro capítulo, o estudo se voltará exclusivamente à adoção e como esse instituto se desenvolveu historicamente, definindo suas modalidades e como funciona o processo e o procedimento no Brasil.

Adiante, no segundo capítulo, se verificará que a reprodução assistida, apesar de não regulamentada por legislação, está prevista em Resolução do Conselho Federal de Medicina, que eticamente normatiza sua aplicação e delimita seus procedimentos.

Por fim, no último capítulo, o estudo encerrará demonstrando a realidade prática dos dois institutos, debatendo em que medida a autonomia e liberdade individual das pessoas interessadas na reprodução assistida heteróloga poderá prevalecer em detrimento da bioética, do direito à vida digna dos abandonados e do humanismo jurídico.

1 PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

1.1 Breve análise histórica

É importante analisar a *institucionalização* e a evolução da adoção no decorrer dos séculos. Normas acerca da adoção datam a antiguidade, eis que a tomada de um estranho - não descendente - na qualidade de filho era uma situação jurídica passível de acontecer. Filhos afastados da convivência familiar sempre existiram, seja porque seus pais não os queriam, seja porque não podiam lhes assumir.

O Código de Hamurabi, compilado de leis conhecido pelos operadores de direito em razão de sua vetustez e boa preservação, já tratava, no século XVIII a.C., do instituto da adoção. Nos seus artigos 185 ao 195, como bem colocado por Cecília Regina,³ havia uma preocupação dos escribas do Rei, que eram os legisladores da época, em definir o que era adoção, as condições em que era possível e em que situações o adotado poderia voltar à casa do pai biológico.

Já na Roma antiga, havia requisitos para adoção, como os exemplos a seguir: o adotante deveria ser homem, ser, ao menos, 18 (dezoito) anos mais velho que o adotando e não ter filhos ou adotados. O instituto era organizado em duas espécies: a) *plena* e b) *minus plena*. A primeira tinha a finalidade de conceder poder familiar a quem não o tinha, contudo, somente entre membros da mesma família natural ou de sangue. A segunda se caracterizava pela manutenção dos laços entre o adotivo e sua família de origem, ficando sob o poder familiar de seu pai de sangue. Neste caso, havendo morte do adotante, o filho adotivo concorria com a sucessão.⁴

Na idade média, observa-se que o direito canônico abandona o instituto, que desaparece completamente. Costumava-se entregar as crianças em adoção para que realizassem algum ofício, de forma que havia uma educação de trabalho e de valores trazida pelos mestres. Em razão disso, observa-se uma finalidade de labor, em que havia pouca ou nenhuma relação afetiva entre pais e filhos. O instituto, neste tempo, caiu em desuso, pois interferia nos direitos que os senhores tinham sobre os feudos, afinal, em uma época de feudalismo, não havia sentido para as famílias a criação de

³ LOPES, Cecília Regina Alves. Adoção: Aspectos Históricos, Sociais e Jurídicos da Inclusão de Crianças e Adolescentes em Famílias Substitutas. Orientador: Ana Maria Viola de Sousa. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNISAL, Lorena, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111460.pdf>>. Acesso em 06/09/2019.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Vol - 5 - Direito Família, 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 309.

riquezas senão se destinadas para aqueles de mesmo sangue, e, aos olhos da igreja, a adoção parecia desestimular o instituto do casamento.

O marco de seu retorno à atenção dos legisladores está no Código Napoleônico, que entrou em vigor nos meados do século XIX. A adoção pública renasceu na França por consequência dos filhos de militares mortos na Batalha de Austerlitz, chamando-os de “Pupilos da Nação”, seguindo-se então a Lei de 17 de julho de 1927, que deu maior abrangência, fazendo a França adotar os órfãos cujos pais morreram durante a Grande Guerra no período de 1914 a 1918.⁵ Os requisitos da adoção eram que o adotante tivesse idade superior a 50 anos, pelo menos 15 anos a mais que o adotado, não ter filho e o consentimento de seu cônjuge, caso fosse casado. Nesse modelo, havia conservação do direito do adotado em sua família natural, e foi em 1966 que se consagrou a “adoção plena”, conferindo-se ao adotado uma condição de filho legítimo e desvinculação de sua família originária, surgindo um novo modelo seguido posteriormente pela Europa e pelas Américas.

No Brasil, algo parecido com a adoção é vislumbrado no final do século XVII, com a Lei ao Desamparo das crianças. Em uma tentativa de reduzir o número de crianças que estavam abandonadas nas ruas, foi criado o mecanismo chamado “Roda dos Expostos”. Conforme Maria Luiza Marcílio,⁶ havia nas Santas Casas um mecanismo de formato cilíndrico com uma divisória ao meio. Tal dispositivo era instalado no muro ou na janela da instituição, e, no tabuleiro inferior da parte externa, era possível para o expositor colocar a criança que enjeitava, retirando-se furtivamente do local, sem ser reconhecido. Após girar a roda, puxava-se um cordão que avisava à vigilante - ou rodeira - que um bebê havia sido abandonado.

⁵ LOPES, op. cit., p. 43.

⁶ MARCÍLIO, 1998, apud SILVA, Fernanda Carvalho Brito, *Evolução histórica do instituto da adoção*, Jus, 2017, p. 3. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55064/evolucao-historica-do-instituto-da-adoacao>>. Acesso em 06/09/2019.

Contudo, muitas crianças acabavam morrendo e tornou-se um incentivo ao crime de abandono, deixando de ser uma solução eficaz. Pois, havendo uma gravidez indesejada, o genitor poderia facilmente desfazer-se dos deveres familiares utilizando o referido mecanismo, permanecendo no anonimato. Por muito tempo combatida e condenada, somente em 31 de dezembro de 1923, mediante decreto, a Roda dos Expostos foi proibida.

Antes do advento do Código Civil (CC) de 1916, a adoção não tinha previsão legal. Seu procedimento necessitava do consentimento das partes e escritura pública, o que evidenciava ser negócio jurídico de natureza bilateral e solene. Estava compilada em 10 artigos (368 ao 378), e estabelecia requisitos como: o adotante deveria ter 50 anos, não ter prole legítima, ser pelo menos 18 anos mais velho que o adotado e dar contas de sua administração. Na adoção por duas pessoas, havia expressa disposição acerca da necessidade dos adotantes ser um homem e uma mulher. Ainda, com a maioria do adotado era possível desligar-se da adoção por vontade própria. É possível observar as origens romanas do instituto nessa época, uma vez que era similar à adoção plena.

Com o passar do tempo, o melhor interesse da criança veio à luz e foi priorizado em detrimento do interesse do adotante. A Lei nº 3.133/1957 flexibilizou a norma, trazendo mudanças que auxiliaram pessoas que tinham interesse de adotar não apenas porque eram impossibilitadas de ter um filho. A idade mínima reduziu para 30 anos, a diferença de idade para 18 anos e, caso os adotantes fossem casados, ao menos 5 anos de matrimônio.⁷

Em 1965, foi editada a Lei nº 4.655 que dispunha acerca da legitimidade adotiva. A partir disso, o vínculo entre adotante e adotado, no que tange aos direitos e garantias, equiparou-se ao vínculo com o filho sanguíneo. Em razão do excesso de formalismo para a realização da legitimação, não houve efeito prático relevante, sendo

⁷ SILVA, op. cit., p.5.

logo revogada pela Lei nº 6.697/1979, o “Código de Menores”. A partir disso, duas formas de adoção foram criadas: a *simples* e a *plena*, e eram destinadas às crianças abandonadas ou aos menores expostos.⁸

A *simples* servia para os menores de até 18 anos. Concedida através de autorização judicial, eram mantidos os requisitos da idade mínima e o prazo de matrimônio, sendo adicionado o período de convivência, que não poderia exceder o período de um ano. Nessa modalidade, havia a possibilidade de o menor usar o apelido de família, que passava a constar em seu registro de nascimento.

Já a modalidade *plena* era destinada aos menores de até 7 (sete) anos, e permitiu que viúvos e separados pudessem adotar, desde que cumpridos os requisitos legais. A diferença estava na sentença, pois na modalidade de adoção plena o registro anterior referente tornava-se sem efeito. Não havia menção à adoção, e o nome dos novos pais e avós substituíam os anteriores, arquivando-se o registro original. A adoção plena era irrevogável, conferindo ao adotado os mesmos direitos que tinham os filhos biológicos, inclusive referentes à sucessão, que até então era inexistente.⁹

Discorrido o histórico desse instituto, passa-se a abordar a adoção na atualidade.

1.2 Definição, requisitos legais e modalidades

Diante do contexto histórico, pode-se observar que o instituto da adoção sofreu diversas alterações, tanto no seu propósito como na sua aplicação. Antigamente, havia interesse do Estado em proteger os abandonados, mas também havia o intuito de satisfazer os interesses do adotante, que por muitas vezes enxergou o adotado como potencial mão de obra para seus negócios.

⁸ Ibidem, p. 8.

⁹ Idem.

A concepção tradicional era a de que a adoção significava uma busca de uma criança para uma família, prevalecendo ideologias como o assistencialismo e institucionalização. Atualmente, significa muito mais a busca de uma família para uma criança, de forma a garantir aos abandonados os mesmos direitos e qualificações àqueles havidos ou não da relação de casamento, vedando referências discriminatórias e atribuindo a proteção integral aos adotados, conforme art. 227, §6º da Constituição Federal (CF). O art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece a condição de filho ao adotado, garantindo-lhe os mesmos direitos e deveres, desligando vínculos com os antigos pais e parentes, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais.¹⁰ Tanto em linha reta como em linha colateral, os parentes do adotante passam a ser, também, do adotado, como se filho biológico fosse.

Quanto aos requisitos legais, podem adotar, independentemente do estado civil, todos aqueles acima de 18 (dezoito) anos (art. 42, ECA). Por ser incompatível com o instituto, em razão da confusão de parentesco, os ascendentes e irmãos do adotando não podem lhe adotar (§1º), não havendo qualquer proibição se a relação de parentesco for de 3º grau. Dessa forma, é possível, por exemplo, a adoção de sobrinhos por seus tios.

Se a adoção for conjunta, ambos devem ter a idade mínima exigida, bem como devem ser casados civilmente ou estar em união estável, comprovada a estabilidade da família (§2º). A diferença de idade entre o adotante e o adotando deve ser de, no mínimo, 16 (dezesesseis) anos (§3º). Quanto aos divorciados e ex-companheiros, a adoção poderá ser concedida, desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da união e haja acordo sobre a guarda e o regime de

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 482.

visitas (§4º). Neste último caso, demonstrado efetivo benefício ao adotando, fica a guarda compartilhada assegurada (§5º).

No que tange à união estável, Maria Berenice Dias¹¹ ensina que é descabida a exigência de sua comprovação documental, conforme art. 197-A, III do ECA, eis que a lei não exige prova escrita para o seu reconhecimento. Bastaria o desejo de constituir família por duas pessoas, com convivência pública, contínua e duradoura. Ressalta-se que, apesar da redação limitada, o dispositivo não exclui a adoção por casais homoafetivos.

Sobre esse tema, é interessante trazer algumas passagens da referida autora, colocadas em breve texto sobre a adoção homoafetiva, quando fala que existe uma equivocada crença de que a falta de referências de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldade na identificação sexual do adotado, fazendo com que a aplicação deste instituto seja incompreendida pela sociedade e por julgadores conservadores. Contudo, evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a ocorrência de nenhuma dessas preocupações, não havendo qualquer registro de dano potencial sequer, ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. O ECA não faz restrição pela orientação sexual do adotando, opção legislativa que deve ser interpretada conforme dois fundamentos constitucionais invocados pela doutrinadora. Primeiramente, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Não havendo limitação legal, é inconcebível a negação do direito das crianças à adoção. Ademais, é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227, CF) assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, direitos que certamente não serão encontrados pelas crianças nas ruas, quando largados à própria sorte ou depositados

¹¹ Ibidem, p. 485.

em alguma instituição. Conseqüentemente, atentando-se ao melhor interesse do vulnerável, não há por que fazer diferença na adoção por pessoas homossexuais.¹²

Ainda, há a possibilidade de deferimento da adoção após a morte do adotante. A chamada adoção póstuma está prevista no §6º do art. 42 do ECA. O fato do falecimento não obsta a sentença e seus efeitos, porque a vontade do adotante já restou demonstrada na propositura da ação. A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado, não retroagindo, *ex nunc*, nos termos do §7º do art. 47 do ECA. Contudo, no caso da adoção póstuma, o efeito da sentença retroage à data do falecimento, de forma *ex tunc*. O deferimento de tal tipo de adoção condiciona-se à propositura da ação antes do óbito, conjuntamente à inequívoca manifestação de vontade de adotar.

No *caput* no art. 45 do ECA vislumbra-se outro requisito elementar: o consentimento dos pais ou representante legal do adotando. Esse consentimento possui natureza personalíssima, de forma que se exige a declaração de vontade de ambos os genitores. Na leitura dos parágrafos do dispositivo, verifica-se que tal consentimento fica dispensado no caso em que os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Ainda, o consentimento do adotando só será requisito quando for maior de 12 (doze) anos, sendo que, no período inferior a tal idade, apesar de não exigido o consentimento, o adotando será ouvido por equipe interprofissional sempre que possível, respeitados seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão acerca da adoção e seus efeitos jurídicos, nos termos do art. 28, §1º do ECA.

No caso do adotando contar com mais de 18 (dezoito) anos, dispensa-se o consentimento dos pais biológicos como requisito para adoção, eis que extinto o poder

¹² DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva, Carta Forense, ano III, nº 21, São Paulo, 2005, p. 1-3. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em 03/10/2019.

familiar dos pais pela maioria do filho, nos termos do art. 1.635 e 1.635, III do CC. Portanto, basta a vontade do adotante e do adotando, remanescendo apenas a necessidade de citação dos pais biológicos no processo de adoção para sujeitarem-se aos efeitos da sentença.¹³ Assim tem entendido os tribunais brasileiros.¹⁴

A lei também admite que um companheiro adote a prole do outro (art. 41, §1º do ECA). É chamada de adoção unilateral, ou semiplena, ocorrendo a exclusão do genitor biológico - substituído pelo adotante - permanecendo o vínculo de filiação com relação ao genitor companheiro do adotante. Trata-se de uma forma especial de adoção, híbrida, substituindo apenas um dos genitores e sua respectiva ascendência e estabelecendo uma biparentalidade fática do filho. Subsistem impedimentos matrimoniais, tanto com relação à família de sangue como em relação à adotiva. Verifica-se que tal modalidade muitas vezes é utilizada quando um pai abandona o filho, deixando os encargos e responsabilidades para a mãe e companheiro posterior. Neste caso, a necessidade de consentimento do pai biológico é descabida, eis que já destituído do poder familiar em razão do abandono (art. 1.638, II do CC).¹⁵

Há que se falar na adoção “à brasileira”. É o caso de alguém que registra como seu um filho, sabendo que é de outra pessoa. Trata-se de ato criminoso, tipificado pelo art. 242 do Código Penal, com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis)

¹³ Ação de adoção. Pessoa maior de idade. Citação dos pais registrais. Necessidade. Citação editalícia. Considerando que a sentença do processo de adoção causa efeitos em face de terceiros, ainda que o adotando seja maior de idade, deve-se proceder à citação dos pais registrais. [...] (TJRS, AC 70055363675, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 26/09/2013).

¹⁴ ADOÇÃO DE MAIOR. PAI BIOLÓGICO. DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUERIMENTO DE ADOÇÃO DE MAIOR DE IDADE. Adotando que concorda com a adoção. Desnecessidade de consentimento do pai biológico. Arts. 1630 e 1635, III do Código Civil. Os filhos só estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, extinguindo-se tal poder com a maioria. Manifestação livre das partes no sentido de que se formalize a adoção. Precedentes deste Tribunal. Decisão reformada. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ/RJ 0043550-94.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 13/09/2010 - SEGUNDA CÂMARA CIVEL).

¹⁵ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 487.

anos. Contudo, deve se observar o parágrafo único do referido dispositivo, em que é concedido o perdão judicial ao agente caso o crime seja praticado por motivo de reconhecida nobreza. É o caso do julgamento pela Relatora Desembargadora Salete Silva Sommariva, em 2014.¹⁶ Vale lembrar que, após rompimento do vínculo afetivo do casal, e ante a obrigatoriedade de arcar com os alimentos em favor do filho, frequentemente o agente busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória de paternidade, o que não é concedida pela justiça, reconhecida a voluntariedade do ato, bem como sua irreversibilidade. Em outras palavras, registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdade, impede posterior pedido de anulação.¹⁷

A adoção internacional é igualmente regulamentada pelo ECA, e somente será deferida se não forem encontradas pessoas interessadas com residência permanente no Brasil, e sim às pessoas postulantes residentes ou domiciliadas em outros países. Conforme o art. 51 do ECA, a regulamentação da adoção internacional acompanha a orientação do art. 2º da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993,¹⁸ relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que dispõe: *“a) A Convenção aplica-se sempre que uma criança, com residência habitual num Estado contratante (“O Estado de origem”), tenha sido, seja, ou venha a ser transferida para outro Estado contratante (“O Estado receptor”), seja após a sua*

¹⁶ Crime contra a família. Registro de filho alheio como próprio (CP, art. 242, caput). Recurso do Ministério Público. Alegada “adoção à brasileira”. Pleito de condenação. Impossibilidade. Motivação nobre evidenciada. Genitora que não deseja ficar com a filha recém-nascida. Aplicabilidade do art. 242, parágrafo único do Código Penal. Concessão do perdão judicial. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSC, ACr 20130740582, 2.ª C. Crim., Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 23/06/2014).

¹⁷ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 496.

¹⁸ Aprovada pelo Decreto Legislativo no 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999.

adoção no Estado de origem por casal ou por pessoa residente habitualmente no Estado receptor, seja com o objetivo de ser adotadas no Estado receptor ou no Estado de origem. B) A Convenção abrange unicamente as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.”

Importante ressaltar a existência da adoção dirigida, ou “*intuitu personae*”. Acontece quando há o desejo de uma mãe entregar o filho para determinada pessoa, ou quando há intenção de alguém em adotar uma criança específica. Entretanto, existe uma tendência de não admitir a adoção por pessoas não inscritas no rol de cadastrados como interessados (art. 50, ECA), ou, em outras palavras, não reconhecer o direito de uma mãe escolher os pais de seu filho. Como bem coloca Maria Berenice Dias,¹⁹ “dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe. Afinal, sabendo que não poderia criá-lo, renunciá-lo para assegurar-lhe, então, uma vida melhor da que lhe propiciaria, é uma atitude que só o amor justifica. Ainda em sua análise, nada deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho: as vezes é a patroa, as vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe considera ideal para a criação de seu filho. Lembra-se que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho (CC 1.729). Havendo tal possibilidade após a morte, não há justificativa para negar o direito de escolha de a quem dar em adoção”. Contudo, a autora conclui que nem isso está sendo admitido, pois, havendo entrega do filho a quem lhe aprovar, o Ministério Público ingressa com pedido de busca e apreensão.

Não obstante, os tribunais têm atentado ao princípio do melhor interesse da criança, nos casos em que esta mantém vínculos com a família substituta, deferindo

¹⁹ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 496-498.

a adoção ainda que o guardião não esteja cadastrado no rol de interessados, como é de se verificar pela jurisprudência.²⁰

Finalmente, salienta-se que a discussão acerca da adoção de nascituros ainda está acesa perante a doutrina. Recentemente, em Goiás, foi publicada a lei nº 20.250/2018, que obriga as unidades públicas e privadas de saúde daquele estado a afixar placas em locais de fácil visualização com o seguinte texto: *"A entrega de filho para adoção, mesmo durante a gravidez, não é crime. Caso você queira fazê-la, ou conheça alguém nesta situação, procure a Vara da Infância e da Juventude. Além de legal, o procedimento é sigiloso"*. De acordo com o parlamentar Dr. Antônio Carlos Caetano de Moraes, vinculado ao partido dos Democratas (DEM), a propositura não tem por objetivo incentivar a adoção dos nascituros, mas sim, impedir que as pessoas provoquem abortos ou abandonem seus filhos quando se depararem com a potencial dificuldade de criá-los.²¹

O Decreto nº 3.174/1999 criou o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras, um órgão colegiado que tem por finalidade traçar políticas e linhas de ação comuns, objetivando o cumprimento adequado, pelo Brasil, das responsabilidades

²⁰ Medida cautelar. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção intuitu personae. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados, com o qual ficou durante os primeiros oito meses de vida. Aparência de bom direito. Ocorrência. Entrega da menor para outro casal cadastrado. Periculum in mora. Verificação. Recurso improvido.

(STJ, AgRg na MC 15.097/MG, 3.ª T, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05/03/2009)

Ação de destituição do poder familiar e adoção. Manutenção da situação de fato que contempla o melhor interesse da criança. No caso concreto, o casal adotante está exercendo a guarda da criança desde o nascimento e, além disso, a genitora não demonstrou nenhum interesse na alteração na situação da filha. Assim, não há motivo para mudanças bruscas nos laços familiares já consolidados, causando-se prejuízo psicológico à infante. Negaram provimento ao apelo.

(TJRS, AC 70058121443, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 27/02/2014)

²¹ Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16928/Projeto+que+trata+sobre+ado%C3%A7%C3%A3o+de+nascituros+%C3%A9+Lei+no+Estado+de+Goi%C3%A1s>>. Acesso em 06/09/2019.

assumidas como signatário nos tratados internacionais, bem como a de avaliar os trabalhos efetuados na garantia do interesse superior da criança e do adolescente brasileiros, consubstanciada no art. 227 da CF, na convenção das Nações Unidas sobre Direito da Criança (1989), do ECA e da Convenção de Haia (1933), quanto à sua adotabilidade internacional.²² Em cada unidade da federação há a instalação de uma Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) que, dentre suas funções, recepciona os pedidos de habilitação e submete aos tramites legais e avaliações técnicas da equipe multidisciplinar, como procedimento de adoção.

1.3 Procedimento de adoção

1.3.1 Cadastro

Conforme art. 50 do ECA, há determinação para que existam dois cadastros: um de crianças e adolescentes em condições para serem adotados, e outro para interessados na adoção. Dispõe o §5º do art. 50 que haverá tanto um registro nacional como os registros estaduais, bem como, nos termos do §6º, um registro para pretendentes residentes fora do Brasil. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou ambos os registros, através das Resoluções 54/2008 e 190/2014, pelo que se instituiu o Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Admite-se a adoção sem prévio cadastro do adotante, conforme art. 50 do ECA, nos seguintes casos: a) tratando-se de pedido de adoção unilateral; b) formulado pedido por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; c) pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a

²² Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/conselho-das-autoridades-centrais-brasileiras>>. Acesso em 06/09/2019.

ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos artigos. 237 e 238 do ECA.

Em todas essas hipóteses, o candidato deverá, nos termos do §14º do art. 50 do ECA, comprovar o preenchimento dos requisitos necessários à adoção.

Outra possibilidade de ocorrer a adoção sem inscrição nos cadastros é a colocação em família substituta, disposta pelo art. 166 do ECA. Basta os pais concordarem com o pedido, que pode ser formulado perante o cartório e sem a assistência de advogado, só precisando ser ouvidos judicialmente, conforme §1º.²³

1.3.2 Processo de habilitação e ação de adoção

Tanto o procedimento para habilitação à adoção como a ação de adoção devem ocorrer mediante intervenção judicial, que terão tramitação prioritária nos termos do art. 152 do ECA. Não se admite adoção por escritura pública ou contrato particular.

O procedimento, que é de jurisdição voluntária, ocorrerá perante a Vara da Infância e da Juventude, e dispensável o patrocínio de advogado. Os documentos necessários para a petição inicial estão dispostos no art. 197-A do ECA, quais sejam: a) qualificação completa; b) dados familiares; c) cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; d) cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; e) comprovante de renda e domicílio; f) atestados de sanidade física e mental; g) certidão de antecedentes criminais; h) certidão negativa de distribuição cível.

Após a realização do pedido para cadastro de pretendentes à adoção na vara competente, haverá um atendimento psicossocial e jurídico por uma equipe técnica interprofissional (art. 50, §3º do ECA). Ocorrerá uma visita domiciliar para elaboração de um relatório psicossocial, que servirá de subsídio para a decisão judicial. Na

²³ DIAS, op. cit., 507.

entrevista, o candidato descreverá o perfil da criança que deseja, fornecendo dados como idade, gênero, entre outros, e tal perfil determinará o tempo de espera da criança ou adolescente.

Segundo Maria Cristina Rauch Baranoski, tal ponto necessita reflexão. “Primeiro, quanto maior a exigência para o filho, especialmente em relação à idade, maior será o tempo de espera. Crianças que estão aptas para a adoção geralmente já passaram por um histórico de vida com a família antes da destituição do poder familiar e isso demanda certo tempo, por isso, o CNA coloca os índices maiores de crianças disponíveis acima de 2-4 anos. Segundo, as crianças aptas à adoção muitas das vezes vêm de uma família numerosa, grupo de irmãos”.²⁴ A orientação para que tais crianças e adolescentes não sofram ainda mais com rupturas é a adoção de todo o grupo de irmãos, não devendo separá-los, pois já tem um convívio estreito.

Após, os autos são encaminhados ao Ministério Público, que pode apresentar os quesitos sujeitos à verificação da equipe interprofissional, que irá elaborar estudo técnico. Ainda, o MP pode requerer a designação audiência para oitiva dos postulantes e testemunhas ou a juntada de documentos complementares, bem como a realização de outras diligências que entender necessárias. Há um estímulo, conforme art. 197-C, §1º do ECA, à adoção interracial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou deficiências e de grupo de irmãos. Após, deferida a habilitação, o interessado na adoção é inscrito nos cadastros.

Não sendo as hipóteses do art. 50, §13º do ECA anteriormente mencionadas, o cadastramento acaba sendo a única maneira de ingressar na lista dos interessados em adotar. A partir daí que se inicia a espera pelo filho adotado. Quando a criança é direcionada ao pretendente, dá-se início o estágio de convivência previsto no art. 46 do ECA. Como anteriormente exposto, a duração máxima, na adoção nacional, é de

²⁴ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. O procedimento da adoção no Brasil, 2ª ed., Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, p. 173.

90 (noventa) dias. Esse prazo pode ser prorrogado por decisão fundamentada pelo juiz. Nos casos de adoção internacional, o período mínimo é de 30 (trinta) dias e máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, que também pode ser prorrogado, tendo a peculiaridade de ser necessariamente em território nacional, preferencialmente na comarca de residência do adotando.

Findos os requisitos e diligências necessários, o juiz irá prolatar a sentença, concedendo ou não a adoção. Em caso positivo, determinar-se-á o cancelamento do registro de nascimento da criança ou adolescente, e será lavrado outro assento, no cartório escolhido pelos pais e nenhum registro referente a adoção constará nesse documento.²⁵ Ressalta-se que, atingindo o adotando a maioridade, fica garantido o seu direito de conhecer sua origem biológica, nos termos do art. 48 do ECA. No parágrafo único do dispositivo, fica também assegurado o direito do adotando, ainda que antes de completar a maioridade, ter acesso ao processo de adoção, a seu pedido, mediante assistência jurídica e psicológica.

1.3.3 Estágio de convivência e a devolução do adotando

Nos termos do art. 39, §1º do ECA, a adoção é irrevogável, contudo, há casos em que os adotantes “devolvem” o filho que adotaram. Conforme ensina Maria Berenice Dias, tal situação não está prevista na lei, mas, infelizmente, existe. Considerando que pode ocorrer a destituição do poder familiar do adotante (CC 1.638), a devolução acaba sendo aceita, até por uma questão de praticidade, e a criança pode ser adotada por outra pessoa. Em suas palavras, talvez essa seja a solução que melhor atende aos interesses da criança, pois pode vir a ser adotada por quem de fato a queira.²⁶

²⁵ *Ibidem*, p. 175.

²⁶ DIAS, *op. cit.*, 483.

Em que pese a solução prática vislumbrada pela autora, há que se falar na possibilidade latente de que o adotando, uma vez devolvido, possa desenvolver problemas psicológicos e sofrer pela situação, eis que carregará consigo o estigma de rejeitado. A jurisprudência tem entendido pelo dever de pagar alimentos aos adotados, uma vez que devolvidos, com o intuito de custear acompanhamentos psicoterápicos, e, inclusive, indenização por dano moral, se a devolução for injustificada e resultar em danos à criança ou adolescente, nos termos do julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.²⁷

²⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AFORADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS. **DEVOLUÇÃO DE INFANTE ADOTANDO DURANTE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. INDENIZAÇÃO PLAUSÍVEL DESDE QUE CONSTATADA CULPA DOS ADOTANTES E DANO AO ADOTANDO.** CIRCUNSTÂNCIAS PRESENTES NA HIPÓTESE. CRIANÇA COM 9 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. PAIS BIOLÓGICOS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR EM 2016. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AO AGRAVANTE EM OUTUBRO DO MESMO ANO. AGRAVANTE DECIDIDO A PROSSEGUIR COM A ADOÇÃO MESMO APÓS RECENTE DIVÓRCIO. INÍCIO DA APROXIMAÇÃO PROMISSOR. FORMAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO E INSERÇÃO NO SEIO FAMILIAR. MUDANÇA DE CENÁRIO APÓS INÍCIO DE NOVO RELACIONAMENTO. REJEIÇÃO PELA NOVA COMPANHEIRA. ALTERAÇÃO NA POSTURA DO AGRAVANTE. INFANTE QUE PASSOU A SER EXCLUÍDO E NEGLIGENCIADO E JÁ SEQUER RESIDIA COM O AGRAVANTE. IMPUTAÇÃO DA CULPA PELO INSUCESSO DA ADOÇÃO E PROBLEMAS PESSOAIS AO INFANTE. DEVOLUÇÃO DO MENINO À INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO APÓS QUASE 1 ANO DE CONVIVÊNCIA. INFANTE ATUALMENTE COM 11 ANOS DE IDADE. FRUSTRAÇÃO E POSSÍVEL TRAUMA PSICOLÓGICO DECORRENTES DA REJEIÇÃO. DIMINUIÇÃO DAS CHANCES DE SER ADOTADO EM VIRTUDE DA IDADE ATUAL E ESTIGMA DE "CRIANÇA DEVOLVIDA". **ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS PROVISÓRIOS DEVIDOS PARA CUSTEAR TRATAMENTOS PSICOLÓGICOS E DEMAIS QUE SE FAÇAM NECESSÁRIOS.** QUANTUM. INTERLOCUTÓRIO QUE ARBITROU OS ALIMENTOS NO VALOR DE 4 SALÁRIOS MÍNIMOS. QUANTIA QUE, EMBORA COMPATÍVEL COM AS POSSIBILIDADES DO AGRAVANTE, REVELA-SE EXCESSIVA AOS POTENCIAIS GASTOS E NECESSIDADES DO INFANTE. REDUÇÃO, POR ORA, PARA 2 SALÁRIOS MÍNIMOS, **SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR ADEQUAÇÃO DO MONTANTE E/OU FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO A FIM DE REPARAR OS DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE VENHAM A SER COMPROVADOS.** DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "A intenção de adoção exige cautela na aproximação das partes, e durante o estágio de convivência que precede a adoção para adaptação da criança/adolescente à família substituta, **uma vez que filhos não são mercadoria**, sejam eles biológicos ou não, cabendo aos seus guardiões o dever de assistir, criar e educar, proporcionando-lhes conforto material e moral, além de zelar pela sua segurança, dentre outras obrigações. **A devolução injustificada do menor/adolescente durante o estágio de convivência acarreta danos psíquicos que devem ser reparados.**" (grifo meu)

(TJ-SC - AI: 40255281420188240900 Joinville 4025528-14.2018.8.24.0900, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 29/01/2019, Terceira Câmara de Direito Civil)

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento do relator Marcus Tulio Sartorato: “filhos não são mercadorias”. Essa ideia pode surgir em razão da fase que precede a adoção, prevista pelo art. 46 do ECA, chamada estágio de convivência. Não estando o adotando sob a tutela do adotante por tempo suficiente para que se avalie a constituição de vínculo (§1º), a criança ou adolescente conviverá com o adotante pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, com o intuito de estabelecer um relacionamento harmônico e bases de caráter afetivo. Esse período não pode ser entendido como um teste de produto, e existe um dever institucional e social de distinguir o estágio de convivência de tal paradigma. Como bem conclui Epaminondas da Costa, o estágio de convivência, previsto no art. 56 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico à criança ou adolescente que foi entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude.²⁸

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA AOS OLHOS DO DIREITO

2.1 Definição, técnicas e modalidades

Em 25 de julho de 1978, o primeiro bebê foi concebido através da fertilização *in vitro*.²⁹ Leslie Brown tinha um bloqueio nas tubas uterinas que lhe impedia de engravidar. Seu óvulo foi colhido e, após, externamente, introduziu-se o

²⁸ COSTA, Epaminondas da. Estágio de Convivência, “Devolução” Imotivada em Processo de Adoção de Criança e de Adolescente e Reparação por Dano Moral e/ou Material, 2009, p. 10. Disponível em: <https://mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adota do_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf>. Acesso em 06/09/2019.

²⁹ Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/primeiro-bebe-de-proveta/primeiro-bebe-de-proveta-videos.htm>>. Acesso em 13/09/2019.

espermatozoide de seu marido. Dois dias depois, o óvulo fertilizado foi recolocado no útero de Leslie, permitindo que a gestação ocorresse. Conforme veremos adiante, nesse caso, a reprodução assistida (RA) deu-se de forma homóloga.

Primeiramente, é importante definir a RA. Como bem colocado por Genival Veloso de França, trata-se de “um conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”.³⁰ Veja-se que, desde a conceituação, a RA se justifica pela incapacidade de algumas pessoas em procriar, seja por motivos biológicos ou psíquicos, não obstante o interesse de constituir uma família. Conforme demonstram os dados da Sociedade Americana de Fertilidade, até o ano de 1960, o índice de fertilidade no mundo era de 10% a 15% da população. Atualmente, esse índice varia entre 25% e 30%.³¹

Entende-se por fecundação o encontro de um espermatozoide com o óvulo. A depender da técnica, poderá ser realizada no aparelho reprodutor feminino, razão pela qual é classificada como *intracorpórea*, ou com manipulação dos materiais genéticos para ocorrer externamente, pelo que se classifica como *extracorpórea*.³² Diante disso, são identificadas duas técnicas relevantes para a RA: na *inseminação artificial*, há a colheita do sêmen e posterior introdução na vagina ou útero, por meio artificial e diverso do coito, onde lá haverá a fecundação. Já na *fertilização in vitro* (ou *ectogênese*), a fecundação ocorre fora do corpo da mulher, gerando-se o embrião,

³⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001, p. 225.

³¹ MOURA, M. D; SOUZA, M. C. B; SCHEFFER, B. B. Reprodução assistida: Um pouco de história, *Revista da SBPH*, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, 2009, p. 36. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v12n2/v12n2a04.pdf>>. Acesso em 03/10/2019.

³² OLIVEIRA, Brunna da Silva et al. Abordagem teórica sobre reprodução humana assistida: principais técnicas, legislações e aspectos éticos, *Rev. Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde - ICS*, v. 4, n. 1, 2018, p. 4. Disponível em: <<http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/388>>. Acesso em 04/10/2019.

que leva o material genético do homem e da mulher.³³ Nessa técnica, a fecundação externa do óvulo humano e a cultura do embrião devem se efetuar em um ambiente tão próximo quanto possível daquele existente no aparelho genital.³⁴ Após a formação do embrião, esse é manipulado para inserção no útero da mulher, que pode ser a companheira interessada na reprodução ou terceira substituta.

Qualquer que seja a técnica de RA, há uma distinção quanto à origem do material genético. Ensina Venosa que, para a inseminação artificial, a RA denomina-se *homóloga* quando a inseminação é proveniente do sêmen do marido ou do companheiro, e *heteróloga* quando o material genético é proveniente de um estranho.³⁵ Acrescenta-se que, quando diante da fertilização *in vitro*, a figura de uma mulher doadora do óvulo também faz caracterizar como heteróloga, eis que o seu material genético é alheio ao do casal interessado na procriação artificial. Por isso, a RA heteróloga ainda se divide em *unilateral* (material genético de apenas um doador) e *bilateral* (material genético de dois doadores ou doação de embrião).³⁶ Caso a fecundação se dê com o material genético exclusivamente do casal, e posteriormente transfira-se o embrião para o útero de outra mulher, estamos diante de uma gestação por substituição, ou “barriga de aluguel”, de forma homóloga. São diversas as

³³ TRAVNIK, Wieland Puntigam. Reprodução Humana Assistida - Breves Aspectos Jurídicos e Legais, Jus, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34113/reproducao-humana-assistida-breves-aspectos-juridicos-e-legais>>. Acesso em 27/09/2019.

³⁴ MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos. 1ª ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 44.

³⁵ VENOSA, op. cit., p. 265.

³⁶ COUTO, Cleber. Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade, Jus, 2015, p. 1. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41187/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade/1>>. Acesso em 03/10/2019.

situações possíveis na ectogênese, e Diniz,³⁷ com o intuito de ensinar a distinção das modalidades, Ihes descreve em sua obra.³⁸

2.2 Aspectos regulamentadores

Trienalmente, a *International Federation of Fertility Societies* (IFFS) publica em seu website pesquisas sobre RA e sociedades de fertilização. Na edição de 2019,³⁹ foi divulgada uma tabela que contém informações sobre como a RA é regulamentada no mundo. De 89 países, 29 (33%) não possuem legislação sobre o tema. Na pesquisa divulgada em 2010,⁴⁰ dos 103 países que contribuíram para a pesquisa, 35 (34%) operavam sem qualquer lei ou instrução. Veja-se que a pouca normatização sobre o tema é um aspecto global.

No Brasil, o CC, em seu art. 1.597, menciona as técnicas de RA nos incisos III, IV e V,⁴¹ definindo a presunção de filiação - que é a relação de sangue entre os

³⁷ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, 10ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 711-712.

³⁸ a) fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com espermatozoides do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher; (homóloga); b) fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra; (heteróloga); c) fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente à sua mulher, mas implantado no seu útero; (heteróloga); d) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de um óvulo não pertencente à sua esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela; (heteróloga); e) fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa; (homóloga); f) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher; (heteróloga); g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou no de outra. (homóloga)

³⁹ International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019, Global Trends in Reproductive Policy and Practice, 8th Edition. Disponível em: <https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2019/03000/IFFS_Surveillance_2019.3.aspx>. Acesso em 07/10/2019.

⁴⁰ Disponível em: <https://cdn.ymaws.com/iffs.site-ym.com/resource/resmgr/newsletters/iffs_surveillance_2010.pdf>. Acesso em 07/10/2019.

⁴¹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando

filhos e seus pais - para as seguintes hipóteses: a) quando há fecundação artificial com os gametas do casal, mesmo que o pai tenha falecido; b) quando há utilização de embriões que sobraram no processo de fertilização artificial, encontrando-se criopreservados, decorrentes dos gametas do casal e; c) quando há inseminação artificial de material genético de terceiro, condicionando a filiação à prévia autorização do marido. Nada mais se encontra na referida legislação sobre RA e suas técnicas.

Há, ademais, uma rápida abordagem pela Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança),⁴² dispondo sobre a possibilidade do uso de células tronco embrionárias obtidas através da fertilização *in vitro* e excedentárias, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados por 3 (três) anos ou mais. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores e aprovação do comitê de ética em pesquisa, vedada a comercialização do material biológico, sob pena de incorrer no crime tipificado pelo art. 15 da Lei nº 9.434/97.⁴³

Outrossim, é importante mencionar a existência do Projeto de Lei nº 115/2015,⁴⁴ que visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida. Propõe-se, além da positivação das normas éticas entabuladas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que serão discutidas adiante, a instituição de um Sistema Nacional de

se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴² Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: [...]

⁴³ Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em 11/10/2019.

Reprodução Assistida, que compreenderia o Banco de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) e um Conselho Nacional de Reprodução Assistida. Contudo, considerando que o projeto ainda não foi aprovado, não será objeto de estudo na presente pesquisa.

A verdadeira regulamentação ética existente sobre RA não possui amparo na legislação, mas sim, nas Resoluções do CFM. Foram editadas 5 (cinco) resoluções desde o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo: 1.358/1992, 1.957/2010, 2.013/2013, 2.121/2015 e a atual 2.168/2017, sempre a mais nova revogando a mais antiga e disposições em contrário.

Conforme pesquisa realizada por Tatiana Henriques Leite, é possível observar um início tímido e conservador na regulamentação ética da RA, que se omitia em vários aspectos e levava os profissionais do campo a entender que a ausência de normatização não proibiria certas práticas. Por outro lado, alguns entendiam que o fato do aspecto não ser mencionado impedia sua realização.⁴⁵ No decorrer dos anos, manteve-se nas Resoluções um padrão de regulamentação atinente aos princípios gerais, pacientes das técnicas de RA, clínicas, centros e serviços que aplicam as técnicas RA, doação e criopreservação de gametas e embriões, gestação de substituição, diagnóstico genético pré-implantacional (PGD) e RA *post-mortem*, pelo que compõem os 8 (oito) capítulos da atual resolução.

Apesar de a Resolução 2.168/2017 do CFM abordar diversos aspectos práticos na clínica da RA, existem algumas limitações vislumbradas pela autora.⁴⁶ Não

⁴⁵ LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, Ciênc. saúde coletiva [online], vol. 24, n. 3, 2019, p. 922. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000300917&tIng=pt>. Acesso em 08/10/2019.

⁴⁶ Ibidem, p. 926.

há cláusula que define se, em uma relação homoafetiva masculina, ambos podem ser doadores genéticos. Não há cláusula que disponha acerca da possibilidade de transferência de embriões de pais diferentes para o mesmo útero. Não há cláusula que aborde a utilização das técnicas de RA para pessoas transgênero, ainda que haja posicionamento permissivo pelo comitê de ética americano sobre a reprodução assistida, que enfatiza não haver qualquer prejuízo para as crianças que se desenvolvam nessas famílias.⁴⁷ Não há cláusula que mencione a possibilidade de doação compartilhada de sêmen e oócito entre homossexuais femininos e masculinos. Também não há alusão às técnicas de transferência de citoplasma e transferência nuclear, que têm a finalidade de “rejuvenescer” o oócito de uma paciente mais velha com o intuito de melhorar as taxas de fertilização e gestação.⁴⁸

Ainda que tais aspectos não tenham sido abordados, serão destacadas as alterações importantes ao longo das quatro primeiras resoluções, e quais as mudanças que ensejaram na atual regulamentação ética da RA, conforme as tabelas elaboradas pela autora.⁴⁹

⁴⁷ Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. Access to fertility services by transgender persons: an Ethics Committee opinion. *Fertil Steril* 2015; 104(5):1111-1115. Disponível em: <https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/access_to_care_for_transgender_persons.pdf>. Acesso em 11/10/2019.

⁴⁸ Brenne RCA, Barritt JA, Willadsen S, Cohen J. Mitochondrial DNA heteroplasmy after human ooplasmic transplantation. *Fertil Steril* 2000; 74(3): 573-578. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028200006816?via%3Dihub>>. Acesso em 11/10/2019.

⁴⁹ LEITE, op. cit., p. 919-921.

2.2.1 Princípios gerais

Sempre foi proibida a seleção de sexo e a redução embrionária - que consiste na remoção de um feto em uma gestação múltipla (capítulo I, artigos 5 e 8 da Resolução nº 2.168/2017 da CFM).

A idade máxima da mulher receptora passou a ser de 50 (cinquenta) anos, com exceções a critério do médico responsável (art. 3, §1º e §2º), sendo que até 2013 tal exigência não existia. Na transferência de embriões, nunca foi possível a doação de mais de 4 (quatro) unidades. Contudo, esse número se reduz quanto mais nova for a mulher doadora (art. 7).

2.2.2 Pacientes das técnicas de RA

Até 2010, as pacientes das técnicas de RA eram apenas as mulheres, que deveriam estar casadas ou em união estável, condicionado o procedimento à aprovação do cônjuge ou companheiro. Na atualidade, todas as pessoas capazes podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de acordo e devidamente esclarecidos (capítulo II, art. 1).

Em 2013, inovou-se ao explicitar a permissão do uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras (atual capítulo II, art. 2). Em 2015, foi adicionado o texto que fez menção à permissão de gestação compartilhada⁵⁰ em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade (atual capítulo II, art. 3). Até então, tal procedimento era proibido pela cláusula de doação anônima de gametas e embriões, entendimento rechaçado pela resolução de 2015 e mantido em 2017, pois percebe os casais homossexuais femininos como detentores dos mesmos direitos de um casal heterossexual.⁵¹ Contudo, neste último artigo, deve ser “respeitado o direito

⁵⁰ Conforme texto da Resolução 2.168/2017 da CFM, considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

⁵¹ LEITE, op. cit., p. 923.

de objeção de consciência por parte do médico”, disposição que contraria a primeira determinação prevista pelo Código de Ética Médica (CEM) publicada pelo CFM: “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”. Afinal, negar atendimento aos homossexuais justamente por sua orientação sexual, por si só, já caracteriza a discriminação. O CEM também traz disposição acerca do direito de recusa do médico em realizar procedimentos que sejam contrários aos ditames de sua consciência, entretanto, observa-se uma nítida permissão para os profissionais dessa categoria agirem com discriminação, ao mesmo tempo em que é princípio fundamental o exercício da medicina sem discriminação de nenhuma natureza.⁵²

2.2.3 Clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA

Trata-se do capítulo III da Resolução nº 2.168/2017 da CFM. Ficam regulamentados os requisitos mínimos para as clínicas, centros ou serviços aplicadores de técnicas de RA, tema que sofreu alterações superficiais no decorrer dos anos.

Nos artigos 1 ao 4, são vislumbradas as seguintes condições: a) a existência de um diretor técnico, obrigatoriamente um médico com registro de especialista em áreas de interface com a RA, responsável pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados; b) a existência de um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos aplicadas na unidade, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões; c) a existência de um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade de evitar transmissão de doenças e; d) a disponibilização dos registros para fiscalização do respectivo Conselho Regional de Medicina (CRM).

⁵² Idem.

Em análise às resoluções anteriores, vê-se que o último requisito foi adicionado pela Resolução nº 2.013/2013 da CFM, enquanto os demais existem de forma equivalente desde a Resolução nº 1.358/1992 do mesmo Conselho.

2.2.4 Doação de gametas e embriões

Desde a primeira Resolução, a doação dos gametas não pode ter caráter lucrativo ou comercial, em consonância com o art. 199, §4º da CF, bem como os doadores e receptores devem ser considerados como anônimos uns para os outros (capítulo IV, artigos 1 e 2 da atual Resolução). O anonimato justifica-se pela observação de uma vantagem, que é a ausência de vínculo com o doador, evitando problemas concernentes à filiação da criança gerada.⁵³ Contudo, há um paradoxo com a lei vigente: o art. 48 do ECA dispõe, em relação às crianças adotadas, que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. Há uma real necessidade de complementar a Resolução nesse sentido, ou para coadunar com a legislação e garantir o direito de identidade genética após a maioridade, ou para manifestar se tal regra - aplicada na adoção - não caberia nas situações de RA.

Em 2013, mantida até hoje (capítulo IV, art. 3), houve alteração no sentido de estabelecer a idade limite para doação de gametas de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem. Também foi permitida a doação compartilhada, procedimento que consiste na doação de metade dos oócitos de uma mulher para outra mulher, mediante custeio do tratamento da doadora.⁵⁴

⁵³ Idem.

⁵⁴ Ibidem, p.924.

2.2.5 Criopreservação de gametas e embriões

Pela norma de 1992, nenhum embrião poderia ser descartado ou destruído. A partir de 2010, apenas os excedentes viáveis deveriam ser criopreservados.⁵⁵ Atualmente, mantém-se a regra dos excedentes viáveis (capítulo V, art. 2), adicionando-se que embriões criopreservados com 3 (três) anos ou mais podem ser descartados, se assim for a vontade dos pacientes (capítulo V, art. 4).

A resolução também traz a possibilidade de descarte, sem menção à anuência dos pacientes, dos embriões criopreservados abandonados pelo período de 3 (três) anos ou mais. Define-se como embrião abandonado aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica (capítulo V, art. 5 e parágrafo único).

2.2.6 Diagnóstico genético pré-implantacional de embriões (PGD)

A partir de 2013, permitiu-se a utilização do PGD para “seleção de embrião HLA compatível com algum filho do casal afetado por doença que tenha como tratamento o transplante de célula-tronco”,⁵⁶ redação que persiste na atual resolução (capítulo VI, art. 2).

Também fica definida a possibilidade de utilização das técnicas de RA para seleção de embriões que foram submetidos ao diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doença. Nesse caso, podem ser doados para pesquisa ou descartados, a depender de consentimento do(s) paciente(s) (capítulo VI, art. 1).

Finalmente, estabelece-se o tempo máximo para desenvolvimento dos embriões *in vitro* em 14 (quatorze) dias (capítulo VI, art. 3).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 925.

⁵⁶ *Idem*.

2.2.7 Gestação de substituição (cessão temporária de útero)

A impossibilidade de comercialização do procedimento de cessão de útero foi um aspecto inalterável no decorrer dos anos, eis que, assim como na doação de gametas e embriões, está protegido pelo art. 199, §4º da CF (capítulo VII, art. 2 da atual Resolução).

Em 2013, várias disposições foram alteradas e estão em vigência. A cessão de útero também fica permitida para casais homoafetivos e pessoas solteiras (capítulo VII). Sempre houve a necessidade de haver grau de parentesco entre a receptora do embrião - doadora do útero - com os doadores do material genético, sendo os casos excepcionais sujeitos à autorização do respectivo CRM. Atualmente, essa relação de parentesco consanguíneo deve ser de até quarto grau, com pelo menos um dos doadores dos gametas, permitindo, portanto, que primas dos doadores de gametas realizem a gestação de substituição (capítulo VII, art. 1).

Por fim, ressalta-se que deve haver uma série de documentos e observações para a realização do procedimento (capítulo VII, art. 3): a) termo de consentimento dos pacientes e da cedente temporária de útero, contemplados os aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no procedimento, bem como os aspectos legais da filiação; b) atestado de adequação clínica e emocional de todos os envolvidos por relatório médico; c) termo de compromisso entre pacientes e cedente, de forma a estabelecer a questão da filiação da criança; d) compromisso das partes em realizar tratamento e acompanhamento médico até o puerpério - período em que os órgãos genitais e o estado geral da mulher voltem às condições anteriores à gestação; e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, sendo tal documentação necessária durante a gravidez e; f) aprovação do cônjuge ou companheiro, no caso da cedente temporária do útero ser casada ou viver em união estável.

Tatiana Henriques Leite destaca que o último documento exigido se trata de um explícito ferimento à autonomia da mulher sobre seu corpo, constituindo um lapso

retrógrado em uma resolução que vem mostrando uma evolução bastante liberal. A necessidade de tal termo deve ser revista em próximas atualizações.⁵⁷

2.2.8 RA *post-mortem*

Trata-se da utilização de material genético de um indivíduo que já está falecido. Em 1992, não havia qualquer menção sobre essa possibilidade, até que em 2010 foi declarado que o procedimento “não constitui ilícito desde que haja autorização prévia e específica do falecido de acordo com a legislação vigente”. Nos dias de hoje, o texto dispõe que “é permitida a reprodução assistida *post-mortem*”, mantendo-se o requisito de anuência do falecido na forma legal (capítulo VIII).

A discussão sobre esse tema incide na questão da herança. Poderia a criança gerada em RA *post-mortem* participar da partilha dos bens do falecido? Tal situação deve ser observada juntamente com o art. 1.798 do CC,⁵⁸ que define os herdeiros legítimos como aqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, os herdeiros nascidos via reprodução *post-mortem* não têm direito sucessório garantido.⁵⁹ Referente à filiação, como já abordado, no art. 1.597, os incisos III e IV trazem o reconhecimento da paternidade na RA *post-mortem*.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁵⁹ LEITE, op. cit., p. 926.

3 O EMBATE ÉTICO ENTRE ADOÇÃO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

3.1 Análise do documentário “*Google Baby*”⁶⁰

Primeiramente, é importante trazer à tona o documentário dirigido e produzido por Zippi Brand Frank. Trata-se de um filme que relata a ideia concebida por um empreendedor israelense chamado Doron, que entrou no negócio de RA utilizando doadoras de óvulos nos Estados Unidos e barrigas de aluguel na Índia, com o intuito de atender às pessoas que não podiam ter filho no mundo ocidental.⁶¹ É demonstrado como é coletado o material genético (óvulo e espermatozoide), até o momento em que é realizada a inseminação artificial dos embriões fertilizados no útero.

O documentário escancara a realidade das mães que se voluntariam como doadoras de útero para realização da gestação por substituição, na Índia. Há um acompanhamento clínico, e normalmente as doadoras são remuneradas pelo procedimento. Em um dos casos, a doadora se voluntariou porque precisava de dinheiro para comprar uma casa, processo que lhe renderia US\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos dólares americanos). De acordo com a médica responsável pelos partos na clínica, Nayna Patel, em conversa com uma das doadoras de útero, se trata de “uma mulher ajudando outra mulher. Ela [a mãe interessada pela RA] não pode ter o filho que deseja, e você não pode pagar por uma casa para educar o seu filho além da escola, e por isso vão lhe pagar”.

Parece haver uma preocupação por Patel em impedir que seu sistema, que remunera várias mães substitutas, torne-se uma fábrica de bebês, e,

⁶⁰ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pQGIAm0iWFM>>. Acesso em 29/10/2019.

⁶¹ Disponível em: <<https://www.terra.com.br/diversao/cinema/google-baby-barriga-de-aluguel-ganha-o-mundo,bcb9e562c3a7a310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 28/10/2019.

consequentemente, um trabalho que coadune com a eugenia⁶². A médica deixa claro que sua intenção é satisfazer o desejo das pessoas de constituir uma família, mas o tratamento das cessionárias de útero recebe prioridade, eis que somente se sujeitam ao alto risco do procedimento em razão da remuneração que pode salvar suas vidas financeiramente.

Como bem exposto na obra de Célia Barbosa Abreu e outros, existem falhas no termo de consentimento livre e esclarecido das gestantes por substituição. Aponta que, na maior parte dos casos exibidos pelo documentário, a realização da gestação por substituição foi uma escolha tomada por motivos financeiros. Em outro momento, o marido determinava que a esposa se submetesse ao procedimento, desrespeitando a liberdade de escolha da esposa. Ainda, os autores colocam que a população feminina que se submete a tal prática “se encaixa na parcela vulnerável da sociedade em razão da desigualdade de gênero e ao baixo índice de escolaridade, que compromete a capacidade de compreensão das informações de maneira adequada”. Como, então, determinar que o consentimento das cessionárias de útero era legítimo?⁶³

No referido documentário, no acompanhamento de uma clínica em Israel, observou-se de perto como a fertilização *in vitro* é realizada. Há um profissional que, com o auxílio de microscópio, pipeta e outros instrumentos, seleciona um espermatozoide e o introduz no citoplasma do óvulo. A partir disso, o embrião é armazenado e mantido em baixas temperaturas, normalmente a 196 °C negativos,

⁶² Teoria que defende o aprimoramento da espécie humana por meio de uma seleção tendo como base as leis genéticas.

⁶³ ABREU, Célia Barbosa, et al. Debates sobre direitos humanos fundamentais - vol. 1, Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 71. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QCZEDwAAQBAJ>>. Acesso em 28/10/2019.

através de criopreservação em nitrogênio líquido, e posteriormente disponibilizado para transferência em um útero.

O documentário também aborda o trabalho da agência de doação de óvulos chamada Egg Donation, Inc, localizada no sul de Califórnia.⁶⁴ Há um menu com fácil acesso *on-line* para que o interessado na RA possa escolher a doadora dos óvulos, com vasta diversidade no que tange à idade, cor dos olhos, cabelo e pele, bem como às características fenotípicas que ficam descritas no perfil das doadoras. Inclusive, fica disponibilizado um vídeo de apresentação dessas candidatas, onde comentam sobre o interesse em doar seu material genético. O interessado pode facilmente selecionar e conhecer as mães biológicas dos seus futuros filhos, e optar qual candidata mais cabe às suas preferências.⁶⁵

Diante de tal realidade surgem questionamentos éticos sobre as técnicas de RA. Em alguns dos casos exibidos pelo documentário, utilizou-se tanto a doação de óvulo como a de esperma para a criação do filho - o que define a RA como heteróloga bilateral, sem qualquer patrimônio genético do interessado na técnica. Ainda, houve a necessidade de buscar uma mulher que também doasse o útero, surgindo, então, a “barriga de aluguel”, ou mãe por substituição. Nota-se que, nesses casos, há um envolvimento de 3 (três) indivíduos, além da pessoa ou casal interessado, na geração da criança, dando margem a uma série de situações jurídicas não regulamentadas, descritas por Maria Helena Diniz em sua obra, senão, vejamos adiante.

3.2 A problematidade na utilização das técnicas de RA heteróloga

De forma introdutiva, a autora questiona se toda pessoa teria o direito, em qualquer condição, de ter um filho. Há direito de procriação artificial? A criança gerada artificialmente não correria o risco de ser considerada como um meio e não como um

⁶⁴ Disponível em: <<https://eggdonor.com>>. Acesso em 28/10/2019.

⁶⁵ Disponível em: <<https://eggdonor.com/recipients/find-a-donor/>>. Acesso em 28/10/2019.

fim em si mesmo? Conclui, portanto, que o sujeito primário da preocupação não seria a criança, mas sim o casal estéril.⁶⁶

Não caberá à presente tese discutir sobre a RA quando o patrimônio genético utilizado for exclusivamente da pessoa ou casal interessado na técnica, pois “a inseminação artificial *homóloga* não fere princípios jurídicos”.⁶⁷ Contudo, Diniz elenca algumas possíveis situações advindas da inseminação artificial heteróloga que bem levantam questões éticas e problemas jurídico-sociais.⁶⁸ Dessas situações, destacam-se as seguintes: a) introdução da criança numa família sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética; b) arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio, rejeição, abandono ou maus-tratos, possibilitando a alegação, por exemplo, de que foi dolosamente enganado ou que anuiu por coação. “Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para marido que, consciente e voluntariamente, consentiu na inseminação artificial com espermatozoides de terceiro e depois negasse a paternidade”;⁶⁹ c) alegação de que houve adultério da mulher e não inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado, gerando demanda de separação ou até divórcio direto, embora não fique especificada a causa que lhe deu origem; d) negação do direito à identidade genética ao filho, uma vez que o doador ficará incógnito: apenas a equipe médica saberá da procedência do material fertilizante, em razão do segredo profissional e o anonimato do doador. “Não teria o filho o direito de conhecer sua origem ou de ter acesso à identidade de seu pai

⁶⁶ DINIZ, op. cit., p. 713.

⁶⁷ Ibidem, p. 718.

⁶⁸ Ibidem, p. 722-733.

⁶⁹ Ibidem, p. 725.

genético? Não teria o direito de saber quem é seu pai? Poderia ele reivindicar o nome de família, a pensão alimentícia e a herança de seu pai genético?” são algumas das questões trazidas pela autora.⁷⁰ Pergunta-se se a garantia do anonimato deve prevalecer em detrimento do direito à identidade genética. Esse, como um direito da personalidade, nada teria que ver com o estado de filiação. Nesta esteira, conclui Paulo Luiz Netto Lôbo: “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-la”;⁷¹ e) eventualidade de o doador reclamar judicialmente sua paternidade se, retirando-se do anonimato e conhecendo a destinatária de seu sêmen, pretender reconhecer como seu o filho (CC, art. 1.609). Para Diniz, tal pretensão deverá ser negada, pois o doador deve entender e aceitar que o filho não é seu institucionalmente. Não há garantia legal para que esse pedido seja declarado improcedente em juízo; f) provocação de interesses patrimoniais, podendo ocorrer que o doador venha a conhecer o filho pretendendo o reconhecimento de seus direitos de pai, ou vice-versa, com interesse econômico e; g) criação de uma espermoteca, o que estimularia a organização de um armazenamento de sêmen para o atendimento de pedidos, dando origem à efetivação de negócios lucrativos. Sabe-se que a finalidade comercial da doação de gametas é vedada pela Resolução 2.168/2017 do CFM.

⁷⁰ Ibidem, p. 727.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>>. Acesso em 29/10/2019.

Entretanto, países como os Estados Unidos costumam remunerar os doadores de gametas, estabelecendo um verdadeiro “mercado de material genético”, como se viu pelo documentário *Google Baby*. Poderia a regulamentação do CFM, sob a ótica de ser uma norma infralegal, impedir que o próprio mercado caminhe em direção ao modelo adotado pelos Estados Unidos?

Esses são apenas alguns dos problemas jurídicos decorrentes da utilização das técnicas de RA. Diniz conclui que, diante de tantas situações passíveis de contrariar princípios éticos e direitos fundamentais, seria preferível optar pelo instituto da adoção, que é similar à RA heteróloga, por haver filiação sem procriação biológica.⁷² É possível identificar interesses em comum entre aqueles que buscam as técnicas de RA e a adoção. A realização do projeto familiar e o desejo maternal são conquistados pelos dois os institutos, bem como por ambos é solucionada a impossibilidade de constituição de uma família pela infertilidade do casal. Contudo, apenas a adoção é capaz de resolver, em tese, um problema social dos mais antigos: o abandono das crianças e adolescentes. Como a sociedade vê esses dois institutos? Qual será o instituto preferível pelo indivíduo interessado em constituir uma família, e por quê? Realizar-se-á adiante um estudo sobre as noções práticas da adoção e da RA no Brasil, com o intuito de compreender as vantagens e desvantagens de cada procedimento.

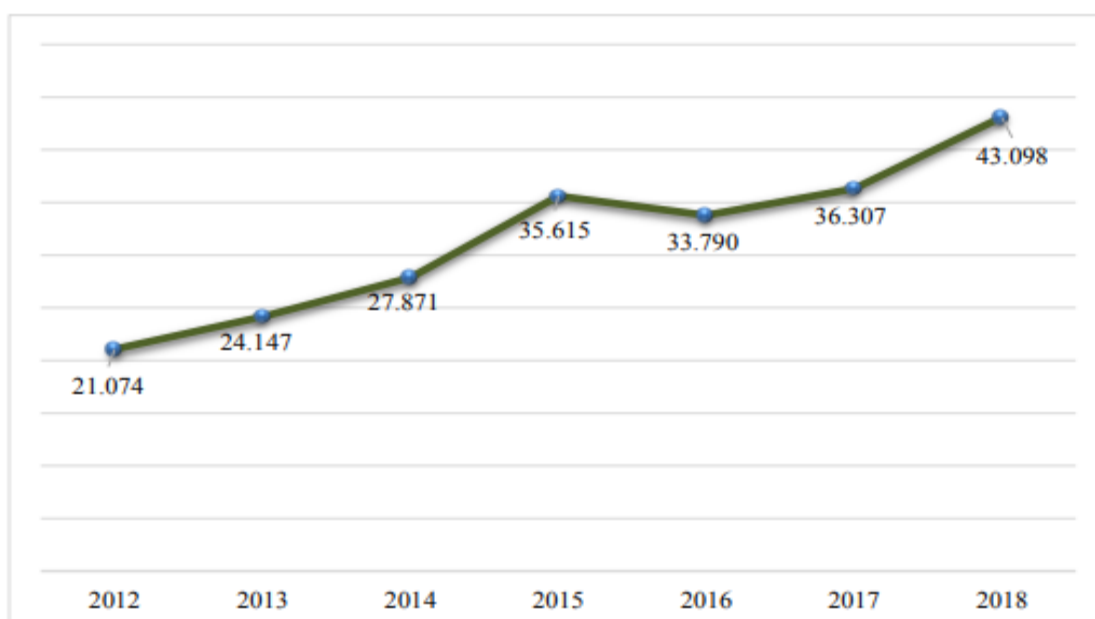
3.3 Comparação prática entre adoção e RA heteróloga no Brasil

As técnicas de RA, apesar de estarem eticamente regulamentadas pelo CFM, ainda são significativamente mal normatizadas se observadas junto ao crescimento tecnológico do instituto nas últimas décadas e a atenção dada ao tema pela sociedade. Essa atenção se justifica pelo alto índice de esterilidade no mundo (25% a

⁷² DINIZ, op. cit., p. 733.

30% da população, conforme estatística trazida no capítulo 2), que torna a RA uma ferramenta eternamente útil, pois sempre haverá problemas de infertilidade e, conseqüentemente, desejo das pessoas de constituir a prole de outra forma.

No Brasil, em 2018, foram congelados 88.776 embriões para uso em técnicas de RA,⁷³ quantia que se mostra abundante quando em contraste à demanda de interessados na técnica. De acordo com o 12º Relatório do SisEmbrio, em 2018 foram realizados mais de 43.098 ciclos de fertilização *in vitro*. Tal número tende apenas a crescer, segundo o gráfico elaborado no relatório, que traduz a quantidade de ciclos realizados durante os anos no Brasil.⁷⁴



Fonte: SisEmbrio/Anvisa-2019, dados obtidos em 17/06/2019.

⁷³ ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, 2018, p. 4. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e>>. Acesso em 24/10/2019.

⁷⁴ Ibidem, p. 6.

Em contrapartida, a adoção é excessivamente burocratizada, dado o rigor do processo e sua morosidade, o que resulta em uma diminuição no número de crianças em condições de ser adotadas. A consequência é um número insuficiente para satisfazer a demanda de interessados na adoção. Em recente pesquisa (outubro/2019), o número de crianças e adolescentes cadastrados no Brasil soma 9.568, em que 4.929 estão disponíveis e 4.639 já vinculados. Já o de pretendentes atinge o número de 46.098.⁷⁵

Em suma, a acessibilidade às técnicas de RA denuncia a facilidade no momento de escolher qual instituto utilizar. Não há problemas relacionados à falta de embriões ou falta de características preferenciais para atender a demanda, e também não parece ser um impasse buscar por doadores de gametas. Não obstante, o custo elevado do procedimento pode levar o interessado a não aderir à técnica. No Brasil, o procedimento pode chegar a custar R\$ 15.000,00, além da quantia da medicação para aumentar a ovulação da doadora de material genético, que gira em torno de R\$ 5.000,00.⁷⁶ A fim de mitigar essa condição, o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece a fertilização *in vitro* como parte do tratamento de infertilidade, sendo que, até julho de 2018, identificaram-se 11 instituições públicas vinculadas trabalhando com o procedimento.⁷⁷ Referida política pública enaltece a preocupação do estado em desenvolver, modernizar e facilitar o procedimento de RA.

Tanto a adoção e a RA são opções eficientes no sentido de solucionar os problemas de infertilidade, o desejo maternal e a necessidade de realização de um projeto familiar. Se a adoção for comparada à cessão temporária de útero heteróloga

⁷⁵ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 23/10/2019.

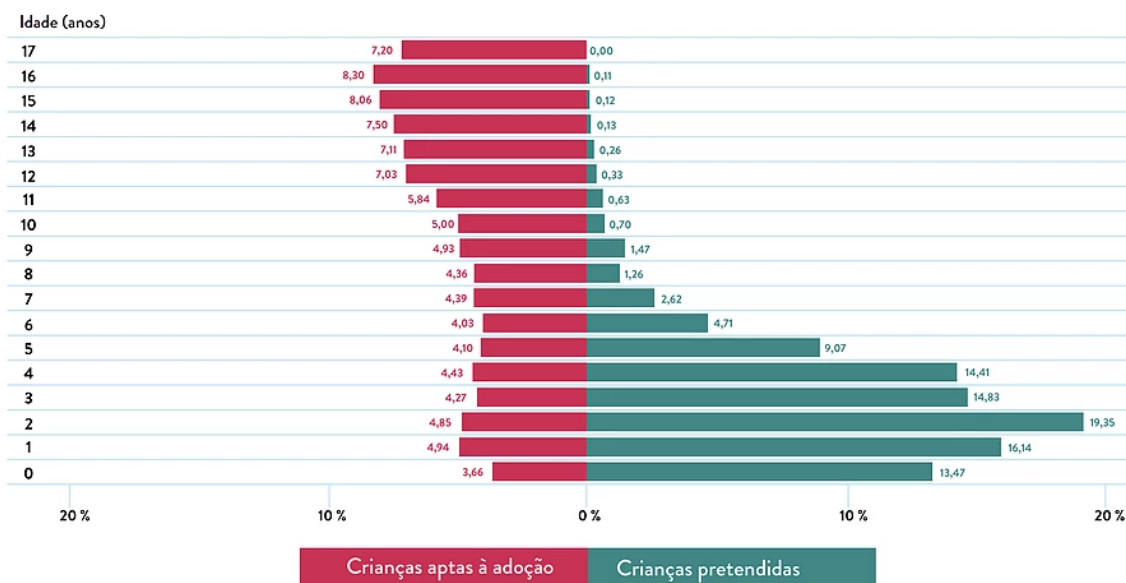
⁷⁶ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/fertilizacao-in-vitro-cresceu-168-nos-ultimos-7-anos/>>. Acesso em 24/10/2019.

⁷⁷ Idem.

bilateral - em que patrimônio genético do embrião será completamente alheio ao do casal interessado e a fecundação se realizará em útero de terceira -, o resultado é praticamente idêntico, apenas diferenciando-se no momento em que a família passa a conviver com a criança. Certamente, no caso da RA, os interessados pela procriação receberão o bebê logo após o seu nascimento, exauridos os procedimentos médicos e tratamentos concernentes ao estado puerperal da mãe biológica. Na adoção, a idade atingida pelas crianças abandonadas, muitas vezes decorrente da demora do processo, não garante que essa situação aconteça.

Em verdade, há uma preferência dos pretendentes pelas crianças mais novas, principalmente com 2 (dois) anos de idade, mas essas não representam a maioria das crianças aptas para adoção. Pelo contrário, são as mais velhas - a partir de, aproximadamente, 12 (doze) anos - que compreendem a maior parcela dos abandonados, mas que são quase inteiramente indesejadas pelos pretendentes, senão, vejamos o seguinte gráfico:⁷⁸

⁷⁸ Disponível em: <<https://www.adocaotardia.com/>>. Acesso em 24/10/2019.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça | 03/2018

Há uma dificuldade em concretizar a adoção não apenas pelo fator da preferência pela idade, mas também em gênero e demais aspectos. Pesquisas demonstram que a escolha mais popular entre os pretendentes são de crianças do sexo feminino, brancas e sem doenças congênitas.⁷⁹ Além disso, dos menores cadastrados, 54,9% possuem irmãos, mas apenas 38,6% dos pretendentes aceitam adotar as crianças congregadas.⁸⁰ Notadamente, o perfil escolhido nem sempre estará disponível, resultando em filas, onde os pretendentes aguardam por anos, e, por via de consequência, as crianças permanecem em condições de “disponíveis” até alcançarem a maioridade.

⁷⁹ AMIM, Isabela Dias; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Preferências por características do futuro filho adotivo manifestadas por pretendentes à adoção. *Interação em Psicologia*, Curitiba, 2007, p. 241-252. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/7653/8145>>. Acesso em 24/10/2019.

⁸⁰ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 30/10/2019.

De acordo com Maria Berenice Dias, o processo de adoção, na prática, dificultou o instituto. Há preferência legal por recorrer à família biológica do abandonado, “o que leva o Judiciário a despender muito tempo buscando encontrar um parente que a deseje. A primeira tentativa é entregar as crianças aos avós. Como eles não podem adotar o neto, terão somente a guarda do mesmo, condição das mais precárias. Às claras que ele sempre será estigmatizado como o filho que a mãe rejeitou e assim se sentirá quando a encontrar nas reuniões de família. Inquestionável que não há situação que mais desatenda ao melhor interesse da criança do que mantê-la no âmbito da família originária”.⁸¹ Além disso, tal é a burocracia para disponibilizar uma criança à adoção que, quando finalmente ocorre, muitas vezes ninguém mais as quer.

No estudo de Martha Ramirez-Gálvez, foram analisados 25 (vinte e cinco) processos de pedido de adoção aprovados no Fórum de Santo Amaro (São Paulo), em que 21 (vinte e um) eram casais, e as demais, habilitações de mulheres sós. Foi possível constatar, dos processos de casais habilitados para adoção com maiores rendimentos econômicos, que a procura pela adoção apenas se realizou após várias tentativas de RA.⁸²

Em uma análise empírica dos institutos e suas estatísticas, conclui-se que há uma crescente tendência em optar pelas técnicas de RA no Brasil, modalidade de procriação artificial que teve sucesso, pela primeira vez, em 1978. Já a adoção,

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. Adoção ou reprodução assistida? Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13010\)Adocao_ou_reproducao_assistida.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13010)Adocao_ou_reproducao_assistida.pdf)>. Acesso em 24/10/2019.

⁸² RAMIREZ-GALVEZ, Martha. Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças. Soc. estado., Brasília, v. 26, n. 3, 2011, p. 565-586. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000300008&script=sci_arttext&lng=es#back10>. Acesso em 30/10/2019.

instituto que existe há milênios, tem um sistema excessivamente vagaroso que, quando unido com as variadas e exigentes preferências dos pretendentes, acarreta no desestímulo e na exclusão de sua utilização como primeira opção. É compreensível, pela análise prática, a escolha da RA em detrimento de se submeter a tentativas frustradas de adoção. Entretanto, existem princípios e preceitos éticos que devem ser levados em consideração para a tomada de decisão, conforme se observará a seguir.

3.4 A adoção como opção humanitária em face da RA heteróloga

3.4.1 A realidade das crianças e adolescentes abandonados

Na somatória de informações a respeito do sistema de adoção no Brasil, constata-se que as crianças e adolescentes cadastrados para adoção não representam a realidade dos abandonados. Isto porque não há como aferir, com precisão, o número de crianças abandonadas no Brasil, em razão de situações enfrentadas que as tornam vulneráveis, eis que a condição financeira precária, a miserabilidade crítica, a desestruturação das famílias em razão da impossibilidade de subsistência digna, levam à segregação, e, por conseguinte, essas crianças e adolescentes passam a viver nas ruas para fugirem de um contexto insuportável.⁸³

Até 2018, cerca de 47 mil crianças e adolescentes viviam em abrigos, sendo que muitas dessas lá chegaram por sofrer maus tratos, retirada de situação de rua ou até mesmo por determinação de acolhimento feita na própria maternidade, pela Vara da Infância e Juventude ou Ministério Público.

Um exemplo de instituição de acolhimento são as Casas Taiguara, em São Paulo. Quando lá acolhidas, as crianças frequentam escolas públicas que não

⁸³ Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-89.html>>. Acesso em 30/10/2019.

oferecem suporte para que se sintam incluídas. A psicóloga Bruna Tiengo⁸⁴ explica que alguns acolhidos não aprenderam a ler antes de chegar à instituição e que outros possuem problemas de audição ou dificuldade para enxergar. Tais problemas são enfrentados pelas escolas de forma mais grave que aparentam, sendo que há casos em que os funcionários tratam as crianças como problemáticas, receitando medicamentos para ver se há mudança de comportamento, quando, na verdade, apenas precisavam de um oftalmologista.⁸⁵

Após completar a maioridade, a criança ou adolescente é desligada da instituição de acolhimento, que lhe guarneceu por boa parte de sua vida, e passa a caminhar por conta própria. Há previsão no ECA, em seu art. 92, VIII, acerca da “preparação gradativa para o desligamento”. Entretanto, tal disposição nem sempre faz parte dos projetos de acompanhamento dos adolescentes. Há uma tensão e sofrimento na saída desses abrigos, seja pela dificuldade própria de enfrentar a intensa transição, seja na relação com a família biológica e com o fato de não serem adotados.⁸⁶ Essa luta pela sobrevivência seria evitada se, de fato, fosse consumada a adoção.

De frente com tal cenário, Maria Berenice Dias critica o sistema de adoção e sugere que o procedimento seja mais ágil. “Também é necessário retirar do Poder Judiciário - que não tem estrutura para tal - o encargo de caçar parentes na tentativa

⁸⁴ Coordenadora de projetos da Casas Taiguara, instituição que tem como missão trabalhar na proteção e no desenvolvimento de crianças e adolescentes que estejam em situação de risco pessoal e social, além de atuar em ações de promoções. Disponível em: <<https://casataiguara.com.br/>>. Acesso em 30/10/2019.

⁸⁵ Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/47-mil-criancas-e-adolescentes-vivem-em-abrigos-no-brasil/>>. Acesso em 30/10/2019.

⁸⁶ MARTINEZ, Ana Laura Moraes; SOARES-SILVA, Ana Paula. O momento da saída do abrigo por causa da maioridade: a voz dos adolescentes. *Psicol. rev.* (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v. 14, n. 2, 2008, p. 113-132. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682008000200008>. Acesso em 30/10/2019.

de entregar-lhes crianças que não tem para com eles vínculo de afinidade e afetividade. Além disso, a entrega à família extensa merece o devido acompanhamento, pois 80% das devoluções são feitas pelos parentes que estavam com a guarda”.⁸⁷ Ainda sustenta, sustenta a necessidade de garantir o acesso dos grupos de apoio à adoção e dos candidatos à adoção às instituições de abrigo, sendo essa a única forma de dar a grupo de irmãos, adolescentes e crianças doentes ou deficientes a chance de serem adotadas. A autora também faz menção à necessidade de disponibilização de foto e vídeo das crianças abrigadas, negando que a exibição de tais imagens afrontasse qualquer direito, eis que isso aumentaria a chance de dar-lhes a chance de ter um lar.⁸⁸

3.4.2 A bioética, o biodireito e o humanismo jurídico como fatores fundamentais para priorizar o instituto da adoção

Considerando a existência da realidade precária das crianças e adolescentes que aguardam para ser adotadas, questiona-se a utilização indiscriminada das técnicas de RA heteróloga sem a observação de algumas premissas estabelecidas por Maria Helena Diniz em sua obra. De início, define a criação do biodireito como uma ferramenta para intervir na biomedicina, campo que desenvolveu inovações significativas e, como resultado, uma perplexidade e um forte impacto social decorrente de entrecruzamentos éticos. A RA, as mães substitutas, a fertilização *in vitro*, a doação de material genético, a inseminação artificial, a clonagem, o aborto, a esterilização humana artificial e o transplante de órgãos são apenas algumas das novidades causadoras de discussões éticas enfrentadas pela biomedicina nas últimas

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice, Sistema atual de adoção torna direito inexistente a crianças e adolescentes, ConJur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/maria-berenice-dias-sistema-adocao-torna-direito-inexistente>>. Acesso em 31/10/2019.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2015, p. 514.

décadas. Origina-se um novo ramo do saber, qual seja, a bioética, que leva o novo semblante da ética médico-científica.⁸⁹

A primeira importante premissa feita pela autora é que “a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”. O biodireito caminha sobre uma linha tênue entre respeitar as liberdades individuais e coibir abusos contra a espécie humana.⁹⁰

Em origem, a bioética teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria e a própria vida do planeta. Por haver, atualmente, um pluralismo de definições, trata-se de um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Há a necessidade de traçar um paradigma de referência antropológico-moral à bioética: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos.⁹¹ A prioridade é o ser humano e não as instituições voltadas à biotecnociência, que podem caminhar para atingir uma finalidade exclusivamente comercial ou de satisfação de desejos individuais.

Para melhor entender o debate ético entre a RA heteróloga e a adoção, é importante salientar 4 (quatro) princípios bioéticos básicos que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais: a) *princípio da autonomia*: requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, levando em conta, em certa medida, valores morais próprios e crenças religiosas (art. 24 e 31 do CEM). Considera o paciente capaz de autogovernar-se e fazer suas opções; b) *princípio da beneficência*: requer um atendimento por parte do profissional

⁸⁹ DINIZ, op. cit., p. 25-29.

⁹⁰ Ibidem, p. 32.

⁹¹ Ibidem, 33-37.

aos interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, para atingir seu bem-estar e evitar quaisquer danos; c) *princípio da não maleficência*: desdobra-se do princípio anterior, por conter uma obrigação de não acarretar dano intencional aos que se submetem à prática e terceiros e; d) *princípio da justiça*: requer uma imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios pelos médicos e geneticistas, em razão da necessidade de se tratar os iguais com igualdade.⁹²

Em que pese se recomende a aplicação desses princípios de forma harmônica e proporcional, é de suma importância observar que a prática de técnicas de RA heteróloga muito mais prioriza o princípio da autonomia do paciente, atentando-se ao seu desejo procriacional e sua liberdade individual. Evidencia-se aqui a gravidade da situação, porque a geração artificial de seres com patrimônio genético diverso dos interessados na RA se contrapõe ao contexto social das crianças e adolescentes abandonados, que, também com patrimônio genético próprio, aguardam o interesse e atenção de pretendentes. Não deveriam esses vulneráveis estar abrangidos pelos demais princípios, uma vez que estão sendo excluídos do direito de convivência familiar em razão da crescente utilização das técnicas de RA heteróloga? Não estariam, portanto, em crescente risco de permanecerem sem o direito a uma vida digna? Nas palavras de Maria Berenice Dias, “em face dos enormes percalços impostos à adoção, quem deseja ter filhos, em vez de se sujeitar a anos de espera, está fazendo uso das modernas técnicas de reprodução assistida. Esta é a solução que vem sendo encontrada por quem só deseja concretizar o sonho de ter uma família com filhos. Simplesmente está gestando os filhos. Apesar de esta ser uma prática legítima, tem um efeito assustador, pois impede que as crianças tenham a chance de conseguir uma família. Quem sabe perdem a única possibilidade que teriam de sobreviver”.⁹³

⁹² Ibidem, 39-40.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2015, p. 514.

Complementando, Diniz aduz que “os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer topo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão a bioética e o biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna”.⁹⁴ Se deve haver respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito devem ter um sentido humanista,⁹⁵ sendo impossível não incluir o contexto das crianças e adolescentes abandonados nesse panorama.

De acordo com Brauner e Kuhn, “A questão da escolha entre a adoção ou o recurso à reprodução assistida parece ser um problema real que nos leva a refletir sobre as escolhas pessoais e sobre os fundamentos que justificariam o interesse maior pela gravidez e o parto, mesmo que induzidos pelas tecnologias reprodutivas, em contraposição ao acolhimento de uma criança já nascida e em condição de vulnerabilidade social”.⁹⁶ O ponto é que a RA heteróloga é uma adoção, o ser apenas ainda não nasceu. Gerar filhos sem vinculação genética é, no mínimo, ignorar a existência de seres já disponíveis para satisfazer o sonho da maternidade e paternidade. “A diferença está basicamente no imaginário da mulher, pois as técnicas de reprodução assistida proporcionam a ela a capacidade de gerar o filho imaginado, enquanto que na adoção não existe o período da gestação e o parto, o que faz com

⁹⁴ DINIZ, op. cit., p. 41.

⁹⁵ Ibidem, p. 44.

⁹⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; KUHN, Carla. Reprodução humana assistida e adoção: desejo de maternidade e realização do projeto parental. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, v. 22, 2016, p. 201. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6281/3954>>. Acesso em 31/10/2019.

que a mulher tenha dificuldade, muitas vezes, em aceitar um filho que não tenha gerado em seu ventre”.⁹⁷

Não há dúvidas de que o princípio da autonomia e o livre exercício do planejamento familiar devem ser respeitados. Entretanto, a luz de todos os riscos dos procedimentos médicos envolvidos na RA, bem como da problematidade advinda da utilização na modalidade heteróloga, seria valioso conscientizar os interessados nessas técnicas sobre o cenário das crianças e adolescentes abandonados. Ainda que existam óbices e delongas no processo de adoção, a CF (art. 227) traz como dever da sociedade e do Estado assegurar a esses jovens, com absoluta prioridade, o direito à vida, à dignidade e à convivência familiar, além do dever colocá-los a salvo de toda a forma de negligência e discriminação. Enquanto o sistema de adoção não se desenvolve, algo deve ser feito para garantir esses direitos aos jovens abrigados, e a técnica heteróloga parece caminhar na contramão.

Finalmente, considerando que a RA heteróloga não é um procedimento ilegítimo, os profissionais da saúde, revestidos pelos preceitos da bioética, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse das crianças e adolescentes abandonados, devem desestimular a sua utilização, visando conscientizar os pacientes e debater sobre a melhor forma de atender seus desejos procriacionais. Aliando isso com um Estado que desenvolva políticas públicas educacionais, visando informar sobre o emprego da RA heteróloga e a atual conjuntura da adoção, será possível impedir que um instituto iniba a opção pelo outro, evitando a expansão da situação estarrecedora que compromete os direitos fundamentais dos abandonados.

⁹⁷ Ibidem, p. 204.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda há muito para se desenvolver no sistema de adoção, haja vista que a morosidade do processo torna o próprio instituto ineficaz, bem como as preferências dos pretendentes que praticamente impede a concretização do vínculo entre adotante e adotado. A realidade dos abandonados que vivem em abrigos escancara a importância da adoção, eis que é a ferramenta mais capaz de dar uma vida digna e garantir o direito à convivência familiar a essas crianças e adolescentes.

Enquanto esse contexto social existir, ele não poderá ser ignorado pelos interessados nas técnicas de reprodução assistida heteróloga e pelos médicos que as realizam. Há uma latente necessidade de conscientizar a sociedade de que a referida modalidade de reprodução assistida muito se assemelha à adoção, mas nada ajuda a reverter a condição que vivem os abandonados.

Aos que têm condição de utilizar uma técnica artificial de geração de seres com material genético de terceiros, caberá refletir se seus interesses individuais devem se sobrepor aos seus ideais éticos e humanitários, uma vez que a adoção, ainda que seja um processo vagaroso, pode satisfazer os desejos procriacionais, mesmo que isso signifique abandonar preferências fenotípicas.

Já os profissionais da saúde, munidos dos preceitos da bioética e com o intuito de reverter a realidade das crianças abandonadas, devem desestimular a utilização da reprodução assistida heteróloga, considerados os princípios da beneficência, não maleficência e justiça, bem como a dignidade da pessoa e o humanismo jurídico.

Finalmente o Estado, com o objetivo de construir uma sociedade justa, reduzir a desigualdade social e promover o bem de todos, deve assegurar, com absoluta prioridade, uma vida digna às crianças e adolescentes abandonados, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência. Nesse sentido, políticas públicas educacionais que informem a sociedade sobre a conjuntura dos abrigados, assim como os riscos advindos da reprodução assistida heteróloga, poderão ser decisivas

no desenvolvimento de um sistema de adoção mais eficaz e na erradicação do abandono.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa, et al. **Debates sobre direitos humanos fundamentais - vol. 1**, Rio de Janeiro: Gramma, 2017, 388 p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QCZEDwAAQBAJ>>. Acesso em 28/10/2019.

AMIM, Isabela Dias; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. **Interação em Psicologia**, Preferências por características do futuro filho adotivo manifestadas por pretendentes à adoção, Curitiba, 2007, p. 241-252. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/7653/8145>>. Acesso em 24/10/2019.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **O procedimento da adoção no Brasil**, 2ª ed., Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, p. 157-176. Disponível em: <<http://books.scielo.org/>>. Acesso em 06/09/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. **Código Civil** Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. Decreto n. 3.174 de 16 de setembro de 1999. **Autoridades Centrais**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3174.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm > Acesso em 01/11/2019.

_____. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm

_____. **Cadastro Nacional de Adoção**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 23/10/2019.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**, 2018 Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es++SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e>>. Acesso em 24/10/2019.

_____. **Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/conselho-das-autoridades-centrais-brasileiras>>. Acesso em 06/09/2019.

_____. Resolução CFM n. 2.145 de 27 de outubro de 2016. **Código de Processo Ético-Profissional**. Brasília, DF: Conselho Regional de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>> Acesso em 01/11/2019.

_____. Resolução CFM nº 1.358/1992. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Brasília, DF: Conselho Regional de Medicina. *Diário Oficial da União* 1992; 19 nov. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. Resolução CFM nº 1.957/2010. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Brasília, DF: Conselho Regional de Medicina. *Diário Oficial da União* 2011; 6 jan. . Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em 01/11/2019.

_____. Resolução CFM nº 2.013/2013. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Brasília, DF: Conselho Regional de

Medicina. *Diário Oficial da União* 2013; 9 maio. . Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em
01/11/2019.

_____. Resolução CFM nº 2.121/2015. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Brasília, DF: Conselho Regional de Medicina. *Diário Oficial da União* 2015; 24 set. . Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em
01/11/2019.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; KUHN, Carla. **Reprodução humana assistida e adoção: desejo de maternidade e realização do projeto parental.** JURIS - Revista da Faculdade de Direito, v. 22, 2016, p. 193-206. Disponível em:
<<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6281/3954>>. Acesso em 31/10/2019.

BRENNE RCA, Barritt JA, Willadsen S, Cohen J. Mitochondrial DNA **Heteroplasmy After Human Ooplasmic Transplantation.** *Fertil Steril*: 2000; 74(3): 573-578. Disponível em:
<<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028200006816?via%3Dihub>>. Acesso em 11/10/2019.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de Convivência, “Devolução” Imotivada em Processo de Adoção de Criança e de Adolescente e Reparação por Dano Moral e/ou Material**, 2009, 10 p. Disponível em:
<https://mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adotado_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf>. Acesso em 06/09/2019.

COUTO, Cleber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade**, Jus, 2015. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/41187/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade/1>>. Acesso em 03/10/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**, Carta Forense, ano III, nº 21, São Paulo, 2005, 3 p. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em 03/10/2019.

_____. **Adoção ou reprodução assistida?** Disponível em:
<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13010\)Adocao_ou_reproducao_assistida.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13010)Adocao_ou_reproducao_assistida.pdf)>. Acesso em 24/10/2019.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 10ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 750 p

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 10ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2017, 1151 p.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001, 579 p.

LEITE, Tatiana Henriques. **Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil**, Ciênc. saúde coletiva [online], vol. 24, n. 3, p. 917-928, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000300917&tlng=pt>. Acesso em 08/10/2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista Brasileira de Direito de Família, 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>>. Acesso em 29/10/2019.

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção: Aspectos Históricos, Sociais e Jurídicos da Inclusão de Crianças e Adolescentes em Famílias Substitutas**. Orientador: Ana Maria Viola de Sousa. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNISAL, Lorena, 2008, 201 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111460.pdf>>. Acesso em 06/09/2019.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1ª ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, 156 p.

MARTINEZ, Ana Laura Moraes; SOARES-SILVA, Ana Paula. **O momento da saída do abrigo por causa da maioridade: a voz dos adolescentes**. Psicol. rev. (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v. 14, n. 2, 2008, p. 113-132. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682008000200008>. Acesso em 30/10/2019.

MICHELLIS. **Dicionário**. Editora Melhoramentos, 2019. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/>> Acesso em 01/11/2019.

MOURA, M. D; SOUZA, M. C. B; SCHEFFER, B. B. **Reprodução assistida: Um pouco de história**, Revista da SBPH, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, 2009, p. 36. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v12n2/v12n2a04.pdf>>. Acesso em 03/10/2019.

OLIVEIRA, Brunna da Silva et al. **Abordagem teórica sobre reprodução humana assistida: principais técnicas, legislações e aspectos éticos**, Rev. Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde - ICS, v. 4, n. 1, 2018, 11 p. Disponível em: <<http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/388>>. Acesso em 04/10/2019.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **O mito dos milhões de abandonados - a pobreza como situação de risco**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-89.html>>. Acesso em 30/10/2019.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha. **Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças**. Soc. estado., Brasília, v. 26, n. 3, 2011, p. 565-586. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000300008&script=sci_arttext&tlng=es#back10>. Acesso em 30/10/2019.

SILVA, Fernanda Carvalho Brito. **Evolução histórica do instituto da adoção**, 2017, 13 p. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/55064/evolucao-historica-do-instituto-da-adoacao>>. Acesso em 06/09/2019.

TRAVNIK, Wieland Puntigam. **Reprodução Humana Assistida - Breves Aspectos Jurídicos e Legais**, Jus, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34113/reproducao-humana-assistida-breves-aspectos-juridicos-e-legais>>. Acesso em 27/09/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Vol. 5 - Direito Família**, 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2018.

SITE. ADOÇÃO TARDIA. 2019. Rio Grande do Sul, Disponível em <<https://www.adocaotardia.com/>>. Acesso em 24/10/2019.

_____. CASA TAIGUARA. São Paulo, Capital. Disponível em: <<https://casataiguarabrasil.wordpress.com/>>. Acesso em 30/10/2019.

_____. EGG DONATION, INC. **Egg Donor Database**. EUA: Califórnia. Disponível em: <<https://eggdonor.com>>. Acesso em 28/10/2019.

_____. ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. **Access to fertility services by transgender persons: an Ethics Committee opinion.** Fertil Steril 2015; 104(5):1111-1115.EUA: Alabama. Disponível em: <https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/access_to_care_for_transgender_persons.pdf>. Acesso em 11/10/2019.

_____. INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES **Global Trends in Reproductive Policy and Practice**, 8th Edition. 2010. EUA: New Jersey. Disponível em: <https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2019/03000/IFFS_Surveillance_2019.3.aspx>. Acesso em 07/10/2019.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM **Projeto que trata sobre adoção de nascituros é Lei no Estado de Goiás.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/16928/Projeto+que+trata+sobre+ado%C3%A7%C3%A3o+de+nascituros+%C3%A9+Lei+no+Estado+de+Goi%C3%A1s>>. Acesso em 06/09/2019.

_____. MEMÓRIA GLOBO. Primeiro Bebê de Proveta. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/primeiro-bebe-de-proveta/primeiro-bebe-de-proveta-videos.htm>>. Acesso em 13/09/2019.

_____. OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. **47 mil crianças e adolescentes vivem em abrigos no Brasil.** São Paulo, Capital. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/47-mil-criancas-e-adolescentes-vivem-em-abrigos-no-brasil/>>. Acesso em 30/10/2019.

_____. TERRA. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/diversao/cinema/google-baby-barriga-de-aluguel-ganha-o-mundo,bcb9e562c3a7a310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 28/10/2019.

_____. VEJA. Editora Abril. **Fertilização in vitro cresceu 168% nos últimos 7 anos.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/fertilizacao-in-vitro-cresceu-168-nos-ultimos-7-anos/>>. Acesso em 24/10/2019.

_____. YOUTUBE. Documentário. Google Baby. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=pQGIAm0iWFM>>. Acesso em 29/10/2019.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA¹: SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE. O TRATAMENTO CONFERIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO E A EFICÁCIA SOCIAL DAS LEIS. A PROTEÇÃO ESPECIAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL
PERSONS WITH DISABILITIES: THEIR RELATIONSHIP WITH SOCIETY. THE TREATMENT GRANTED BY THE LEGAL ORDER AND THE SOCIAL EFFECTIVENESS OF LAWS. SPECIAL PROTECTION OF THE PRINCIPLE OF THE SEAL OF SOCIAL RETROCESS

Luciana Ferreira de MELLO²

Mariana OLIVA³

RESUMO

O presente artigo tem o condão de analisar o modo como a sociedade se posiciona em relação às pessoas com deficiência busca, ainda, demonstrar como o direito bem lhes conferindo posição de destaque de proteção. No entanto, não obstante se

¹ No que tange com a precisão terminológica este artigo utilizará o termo “pessoa com deficiência” por ser o que trata do tema sem apresentar viés pejorativo ou depreciativo, deixando claro que tal grupo é formado de pessoas normais e que apenas têm necessidades diferentes do restante da população.

² Graduada em Direito no ano de 2009 pela UNIBRASIL, Mestre em Direito Constitucional no ano de 2014 pela UNIBRASIL, advogada e professora de Direito Constitucional na FAE. E-mail: luciana.mello@fae.edu.

³ Acadêmica de Direito do décimo período na Instituição FAE – Centro Universitário. E-mail: oliva.marina@hotmail.com.

perceba que o Brasil tem uma das melhores legislações acerca do tema, na prática, essas leis carecem de efetividade, eficácia social. Por fim, será analisado o projeto de lei 6159/2019, o qual pretende tornar alternativa a obrigação dos empregadores de preencher uma porcentagem de suas vagas com pessoas com deficiência, defendendo sua inconstitucionalidade por afronta ao princípio da vedação do retrocesso social.

PALAVRAS-CHAVE: pessoas com deficiência, sociedade, direito, legislação, avanços, retrocessos, falta de eficácia, projeto de lei 6159/2019, princípio da vedação do retrocesso social, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article is able to analyze the way in which society is positioned in relation to people with disabilities, it also seeks to demonstrate how the right gives them a prominent position of protection. However, despite the fact that Brazil has one of the best laws on the subject, in practice, these laws lack effectiveness, social efficacy. Finally, bill 6159/2019 will be analyzed, which intends to make the obligation of employers to fill a percentage of their vacancies with people with disabilities alternative, defending its unconstitutionality due to the principle of prohibition of social retrogression.

KEYWORDS: people with disabilities, society, law, legislation, advances, setbacks, lack of effectiveness, bill 6159/2019, principle of prohibition of social setback, human dignity.

INTRODUÇÃO

A relação travada entre as pessoas com deficiência⁴ e o restante da sociedade passou por um longo caminho iniciando com histórico de rejeição, seguindo para a omissão e, atualmente, situando-se num patamar de status de proteção, sem olvidar que algumas culturas, como a indígena, ainda mantêm a prática de rejeição brutal de crianças que nascem com alguma deformidade ou deficiência.

O direito das pessoas com deficiência tem um caráter ambivalente pois, num primeiro momento, após o movimento de inserção das pessoas portadoras de necessidades especiais como sujeitos especiais de direito⁵, assume feições jusnaturalistas⁶ e se apresenta com um Direito Humano e vem consignado em direitos mecanismos de direito internacional. Num segundo momento, nacionalmente, assume feições de direitos fundamentais.

O marco mundial no aspecto protetivo das pessoas com necessidades especiais, como direito humano, ocorreu no ano de 1981, no qual foi proclamado pelas Nações Unidas como o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”, naquele ano ocorreram intensas discussões internacionais acerca das condições de vida, acessibilidade e inserção no mercado de trabalho dessas pessoas. As resoluções 37/52 e 37/53, de 3 de dezembro de 1982, da Assembleia Geral da ONU, tendo como propósitos: promover, respectivamente, o programa de “Ação Mundial para Pessoas com Deficiência” e a “Proclamação da Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência”.⁷

⁴ No que tange com a precisão terminológica este artigo utilizará o termo “pessoa com deficiência” por ser o que trata do tema sem apresentar viés pejorativo ou depreciativo, deixando claro que tal grupo é formado de pessoas normais e que apenas têm necessidades diferentes do restante da população.

⁵ Sendo considerados não apenas sujeitos de direito, mas pessoas que demandam uma proteção especial do Estado.

⁶ Jusnaturalismo é uma corrente de pensamento que entende o direito como algo inerente ao ser humano e que independe da vontade humana para sua formação.

⁷ Acesso em: 25/02/2020. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39818/evolucao-historica-do-tratamento-conferido-as-pessoas-portadoras-deneecessidadesespeciais-pelo-ordenamento-juridico-brasileiro>>

No entanto, apenas em 2006 foi assinado o primeiro tratado internacional que previa, efetivamente, direitos aos portadores de necessidades especiais, consubstanciado na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, documento elaborado, nas Nações Unidas.

O ordenamento jurídico brasileiro, denotando o aspecto de direito fundamental, antes mesmo de ser signatário do referido tratado já previa mecanismos de proteção a esse grupo. Já no texto da Constituição Federal de 1988⁸, existiam mecanismos de proteção e redução da desigualdade de acordo com os arts. 227, §2º, e 244, da CF/88. Além disso o art. 2º, V, 'a', da Lei n. 7.853, de 24/10/89, bem como a Lei n. 10.098, de 19/12/2000.

Diante da análise da legislação internacional e nacional pode parecer que pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas as anormais que precisavam se adaptar à sociedade e alçaram ao patamar de sujeitos que merecem um tratamento especial do Estado. Porém, esse tratamento diferenciado que estabelecia um discrimine, ao conferir as pessoas com deficiência, principalmente, no que concerne à educação promovia, de fato, a segregação.

⁸ Alguns preferem chamá-la de Constituição da República, todavia, o presente estudo adotará o termo "Constituição Federal", justamente, porque quando em seu texto trata de si mesma se refere assim, de modo que não existe outro motivo pra tratá-la por termo diverso, até porque nada impede que a Constituição Federal seja da República conforme traz em seu artigo primeiro e em seu preambulo. Para além da discussão se o termo é excludente ou não, tem-se o posicionamento de quem a República Federativa do Brasil está, ainda, em processo de construção, pois em face dos diversos problemas que enfrenta ainda não se aperfeiçoou nos exatos termos republicanos. BARROSO, Luis Roberto. Trinta anos da Constituição Federal: A República que ainda não foi. Acesso em: 24/fev/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-06/barroso-30-anos-constituicao-republica-ainda-nao-foi>>

A lei 13.146/2015, conhecida com a Lei de Inclusão⁹, representou uma quebra de paradigmas para o tratamento conferido pelo Estado às crianças com deficiência, pois, ao invés de separá-las das demais em escolas específicas, garantiu-lhes a convivência com as demais em escolas regulares. Substituiu o paradigma que encerrava a obrigação do Estado na atitude de dar-lhes o adequado e especializado em escolas específicas, essa lei estabeleceu que essas crianças tinham o direito de conviver, o que traz benefícios tanto para elas como para a sociedade no sentido em que ensina as demais crianças a conviver com os diferentes e respeitá-los.

Os avanços são inegáveis, o direito exerce o papel de conformar a realidade¹⁰ e, nesse sentido, se apresenta como primeiro passo para que a sociedade evolua e comece a tratar os diferentes com dignidade – sem se esquecer da preocupação em manter-se atual sob pena de ser revogada pela realidade.¹¹

⁹ Essa lei também é conhecida como Lei Romário, pois o projeto de lei foi proposto por ele.

¹⁰ “Reconhece-se, assim, que a Constituição procura impor determinadas ordem e conformação à realidade que está vinculada e não deve ser compreendida como ‘simple reflexo das condições fáticas de sua vigência’, muito embora não possa desconsiderar a existência destas. Nas perspectivas, a força condicionante da realidade e da força normativa da Constituição Federal coexistem como fatores distintos, que se conformam de maneira mútua. Não há como se afirmar uma fundamentalidade apriorística seja das circunstâncias fáticas, seja da ‘normatividade pura’ da Constituição. (...) Os limites e possibilidades da Constituição derivam justamente a vinculação dela à realidade histórica. (...) A norma que se limita a contrariar a realidade não logra regrá-la” PANSIERI, Flavio e SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação Constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹¹ No julgamento do RE 135.32807 STF, o Supremo Tribunal voltou a aplicar a doutrina segundo a qual **as normas jurídicas podem tornar-se inconstitucionais por força de transformações na realidade**. Foi unânime a decisão. MEDINA, Borges de Mattos. **Constituição e Realidade: A influência das transformações sociais na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 49.

Como amostra dos avanços que ocorreram no ano de 2019 podem ser citadas as leis 13.825/2019¹² e 13.835/2019¹³ que demonstram, respectivamente, a preocupação com essas pessoas quando exercem seu direito de lazer frequentando a shows, e quando exercem sua vida financeira promovendo relações comerciais. Direitos que são exercidos com tamanha simplicidade e facilidade quando se trata de pessoas que não têm qualquer deficiência.

Outro avanço necessário promovido pela lei 13.146/2015 foi a alteração que promoveu no Código Civil no sentido de excluir do rol de pessoas incapazes os deficientes. De acordo com Art. 6º da Lei 13.146/2015, as pessoas com deficiência podem: casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Ou seja, as necessidades especiais que os acometem não lhes impedem de seguir suas vidas regularmente.

Como a história não se desenvolve apenas por meio de avanços, mas no decorrer de sua trajetória experimenta, igualmente, retrocessos, quando se trata de direitos humanos, especificamente no âmbito de proteção nacional direitos fundamentais, duas preocupações existem: a primeira insurge-se na necessidade de

¹² Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Lei de Acessibilidade), para estabelecer a obrigatoriedade de disponibilização, em eventos públicos e privados, de banheiros químicos acessíveis a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

¹³ Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, para assegurar às pessoas com deficiência visual o direito de receber cartões de crédito e de movimentação de contas bancárias com as informações vertidas em caracteres de identificação tátil em braile

gravar com grau máxima de eficácia a proteção prevista em lei, a segunda, a impossibilidade de que direitos fundamentais, até mesmo sociais, pois as pessoas com necessidades especiais fazem jus a ambos, previstos em lei e cuja concretização já se iniciou não podem andar no sentido inverso, ou seja, não podem retroceder.

E, é, justamente, esse o ponto central do presente trabalho, apesar de já de início terem se apresentado vários mecanismos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que preveem proteção especial as pessoas com deficiência, o Estado, por outro lado, também promove tentativas no sentido de reduzir o tratamento isonômico alcançado gradativamente e a duras penas.

À exemplo das tentativas do Estado em retroceder na busca do tratamento isonômico pode-se citar o Projeto de Lei nº 6.159/2019, cujo objetivo é permitir com que as empresas - antes obrigadas a contratar, dentre seus funcionários, um percentual mínimo de pessoas com deficiência – possam substituir a contratação pelo pagamento em dinheiro.

O objetivo é, à luz do princípio da vedação do retrocesso social fundamentar o quão inadequado do ponto de vista constitucional e social esse projeto de lei é. Assim, no primeiro tópico será trará um breve relato acerca da evolução da relação entre as pessoas com necessidades especiais e a sociedade, no tópico seguinte serão trazidos os avanços sociais legislativos no âmbito de proteção dessa parcela da sociedade, e, por fim, com base no princípio da vedação do retrocesso social advogar a tese de inconstitucionalidade do Projeto de Lei 6.159/2019.

1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE

Anomalias físicas ou intelectuais, deformações congênitas, amputações traumáticas, doenças graves e de consequências incapacitantes, sejam elas de natureza transitória ou permanente, são tão antigas quanto a própria Humanidade¹⁴.

Deficiências e doenças sempre se manifestaram na sociedade, dificultando a sobrevivência de inúmeros indivíduos. No período pré-histórico “não se têm indícios de como os primeiros grupos de humanos na Terra se comportavam em relação às pessoas com deficiência. Tudo indica que essas pessoas não sobreviviam ao ambiente hostil da Terra”.¹⁵

Na Era Neolítica (Nova Idade da Pedra), os homens aprenderam a lascar, polir e amolar a pedra e iniciaram práticas de cultivo. Naquele contexto, algumas tribos se desfaziam dos “deficientes”, pois os consideravam um fardo e um perigo para todo o grupo, afinal continuamente as comunidades eram obrigadas a se locomoverem de um local para outro.¹⁶

Assim, o abandono ou a eliminação de pessoas, especialmente de crianças, com algum tipo de deficiência, era comportamento aceitável na época, não representando nenhuma atitude antiética ou imoral, uma vez que a proteção da tribo se sobrepunha aos riscos advindos da permanência de um “deficiente” no grupo¹⁷.

Todavia, essa atitude de abandono e eliminação, apesar de comum e aceitável, não era procedimento unânime nas culturas antigas, podendo-se apontar

¹⁴ SILVA, Otto Marques da. *Epopeia ignorada*. Edição de Mídia. São Paulo: Editora FASTER, 2009.

¹⁵ GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 01.

¹⁶ WELLS, Herbert George. *Uma breve história do mundo*. Tradução de Rodrigo Breuning. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 54.

¹⁷ *Ibidem*, p.55

outro tipo de comportamento em relação à pessoa com deficiência: o de aceitação e até mesmo certo tipo de tratamento especial.

No Egito Antigo, estudos arqueológicos revelaram que as pessoas com deficiência não sofriam discriminação. Documentos e elementos da cultura local revelaram que a deficiência não era impedimento para as atividades desenvolvidas pelos egípcios, possibilitando que as pessoas com deficiência se integrassem nas diferentes camadas sociais¹⁸.

Na sociedade egípcia, o respeito às deficiências, às doenças e à velhice era um dever moral. Papiros encontrados também revelaram práticas médicas e tratamentos voltados aos problemas de deficiências¹⁹.

Na Grécia Antiga, as pessoas com deficiência eram tratadas com o abandono ou sacrifício. Em Esparta, os pais de recém-nascidos “[...] eram obrigados a levar o bebê, ainda bem novo, a uma espécie de comissão oficial formada por anciãos de reconhecida autoridade, que se reunia para examinar e tomar conhecimento oficial do novo cidadão.”²⁰

A criança passava por um exame onde era determinado o seu destino. Caso o bebê fosse considerado “normal”, forte e belo, a família deveria criá-lo até aproximadamente os sete anos de idade, após a criança seria entregue aos cuidados do Estado para prepará-lo na arte de guerrear. Ao contrário, se o bebê fosse considerado feio, disforme e franzino, era sacrificado pelos próprios anciãos. A criança era atirada num abismo de mais de 2.400 metros de altura, num local de nome Apothetai, que significava “depósitos”, situado na Cadeia de Montanhas chamada Taygetos, próximo a Esparta.²¹

¹⁸ *Ibidem*, p. 02.

¹⁹ SILVA, Otto Marques da. *Epopeia ignorada*. Edição de Mídia. São Paulo: Editora FASTER, 2009.

²⁰ *Ibidem*, p. 33.

²¹ *Ibidem*, p 35.

Em outras cidades gregas, os bebês malformados ou “deficientes” eram abandonados em locais considerados sagrados. Pela prática da exposição, essas crianças poderiam ou não sobreviver, uma vez que eram deixadas à própria sorte ou ao desejo dos deuses, conforme a antiga crença da sociedade grega. Em Atenas:

[...] quando nascia uma criança, o pai realizava uma festa conhecida como ‘amphidromia’ [...]. Os costumes exigiam que ele tomasse a criança em seus braços, dias após o nascimento, e a levasse solenemente à sala para mostrá-la aos parentes e amigos e para iniciá-la no culto dos deuses. A festa terminava com banquete familiar. Caso não fosse realizada a festa, era sinal de que a criança não sobreviveria. Cabia, então, ao pai o extermínio do próprio filho.²²

A obra “A República” de Platão também defendia a prática de medidas em prol do controle social e orientava que os gregos deveriam pegar os filhos dos homens superiores e levá-los-ão ao aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade. Os filhos dos homens inferiores, bem como qualquer dos outros que seja disforme, deveriam ser escondidos num lugar interdito e oculto.²³

Aristóteles²⁴ compartilhou do pensamento de Platão. No Direito Romano havia leis específicas quanto ao reconhecimento dos direitos de um recém-nascido e sobre quais circunstâncias esses direitos estariam garantidos ou não. A “forma humana” figurava como uma das principais condições de garantia a esses direitos. Naquele contexto, a criança recém-nascida não tinha o direito à vida, sendo que a pátria

²² SILVA, Otto Marques da. *Epopeia ignorada*. Edição de Mídia. São Paulo: Editora Faster, 2009, p. 40.

²³ PLATÃO. *A República*. Texto Integral. Tradução de Pietro Nassetti. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

²⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Texto Integral. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 150.

potestas, o poder paterno dava o direito de exterminar o próprio filho caso este viesse a nascer disforme ou de aparência monstruosa. Esse direito estava prescrito na Lei das 12 Tábuas (450-449 a.C.), ao tratar do pátrio poder e do casamento na Tábua Quarta, I: “É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.

Todavia, a prática do infanticídio legal não era regular. Os pais, abrindo mão desse direito, deixavam essas crianças em cestos colocados às margens do rio Tibre, ou outros locais considerados sagrados pelos romanos. Esses bebês, algumas vezes, eram recolhidos por exploradores que, mais tarde, os utilizavam como esmoleiros.²⁵

Com o Cristianismo surge um novo olhar sobre as pessoas com deficiência. Essa mudança,

[...] baseava-se na caridade – virtude que tinha como base o sentimento de amor ao próximo, o perdão, a humildade e a benevolência – conteúdo este pregado por Jesus Cristo e que, cada vez mais, conquistava sobremaneira os desfavorecidos. Entre estes estavam aqueles que eram vítimas de doenças crônicas, defeitos físicos e mentais.²⁶

O Cristianismo condenava veementemente a “morte de crianças não desejadas pelos pais devido a deformações” e pregava a prática de atos assistenciais às pessoas pobres e enfermas. Isso acarretou na lei editada pelo Imperador Constantino IV, em 315 d.C., que determinava o respeito irrestrito à vida. Para Silva:

²⁵ SILVA, Otto Marques da. *Epopeia ignorada*. Edição de Mídia. São Paulo: Editora FASTER, 2009, p. 44.

²⁶ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2005. p. 25.

Essa lei considerava os costumes arraigados – embora não generalizados – de mais de cinco séculos, prevalecentes em Roma desde a Lei das Doze Tábuas, e em Esparta principalmente, que não só permitiam como também exigiam que o pai de família, senhor absoluto de tudo e de todos no lar, fizesse morrer o recém-nascido que ele não queria que sobrevivesse, devido a defeitos ou a malformações congênitas. Constantino taxou esses costumes de “parricídio” e tomou providências para que o Estado colaborasse para a alimentação e vestuário dos filhos recém-nascidos de casais mais pobres. Exigiu que essa nova lei fosse publicada em todas as cidades da Itália e da Grécia, e que fosse em todas as partes gravada em bronze para, dessa forma, tornar-se eterna.²⁷

Naquele período, por influência da Igreja Católica, também surgiram os primeiros hospitais e organizações de caridade ou de assistência, destinados ao atendimento de pobres, deficientes abandonados e doentes graves ou crônicos.²⁸

No Século V, ano 476, tem fim o Império Romano e inicia a Idade Média, onde “as ideias que envolviam as pessoas com deficiências eram impregnadas por concepções místicas, mágicas e misteriosas, de baixo padrão.”²⁹

Mesmo assim,

[...] casos de doenças e de deformações começaram a receber mais atenção e isto ficou demonstrado com a criação de hospitais e abrigos para doentes

²⁷ SILVA, Otto Marques da. *Epopéia ignorada*. Edição de Mídia. São Paulo: Editora Faster, 2009.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2005. p. 25.

e pessoas portadoras de deficiências, por senhores feudais e por governantes com a ajuda da Igreja.³⁰

O Renascimento e as grandes transformações ocorridas nas artes, nas músicas e, principalmente nas ciências, resultaram mudanças positivas no tratamento dispensado às pessoas com deficiência. Maranhão destaca: “Surgiram, nesse contexto, hospitais e abrigos destinados a atender enfermos pobres. Os deficientes, aquele grupo especial que fazia parte dos marginalizados, começaram a receber atenções mais humanizadas.”³¹

A atenção às pessoas com deficiências acarretou descobertas relevantes, entre elas destacou-se o código de sinais destinado a ensinar as pessoas surdas a ler e a escrever criado pelo médico e matemático italiano Gerolamo Cardano.³²

A partir da segunda metade do século XIX, deu-se um importante reconhecimento da pessoa com deficiência, reconhecendo-a como um ser de força laboral. Esse olhar sobre a pessoa com deficiência foi reforçado por Napoleão Bonaparte ao exigir “de seus generais que olhassem os seus soldados feridos ou mutilados como elementos potencialmente úteis, tão logo tivessem seus ferimentos curados”³³

Napoleão Bonaparte, mesmo que de forma indireta, também contribuiu para a criação do braille³⁴, sistema de leitura utilizado para pessoas com deficiência visual até os dias atuais.

³⁰ *Idem...*

³¹ *Ibidem*, p. 26.

³² GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

³³ SILVA, Otto Marques da. Epopeia ignorada. Edição de Mídia. São Paulo: Editora FASTER, 2009. p. 68

³⁴ Em atenção a uma solicitação pessoal de Napoleão Bonaparte, Charles Barbier (1764-1841), um oficial do exército francês, elaborou um sistema para que mensagens transmitidas durante a noite pudessem ser decodificadas pelos comandantes no período de batalhas. Uma vez que o sistema de leitura noturna foi considerado demasiado complicado pelos militares do exército de Napoleão, Barbier

No Brasil, Dom Pedro II, influenciado pelas ideias europeias, fundou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (1854), atualmente chamado Instituto Benjamin Constant, e o Imperial Instituto dos Surdos Mudos (1857), hoje denominado Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES, ambos ainda em atividade e referência nacional no tratamento dessas deficiências.³⁵

Todavia, é no século XX que ocorre, de fato, uma maior mobilização na busca da proteção e efetiva inserção da pessoa com deficiência na sociedade. Nesse sentido, na primeira década do século XX, ocorreram conferências e congressos em vários países, entre elas: Primeira Conferência sobre Crianças Inválidas (Londres/Inglaterra, 1904), Congresso Mundial dos Surdos (Saint Louis/EUA, 1909), e a Primeira Conferência da Casa Branca sobre os Cuidados de Crianças Deficientes (Washington D.C./EUA, 1909).³⁶

Com a Primeira Guerra Mundial, soldados que retornavam mutilados das batalhas elevaram, ainda mais, o número de pessoas com deficiência.

A Conferência de Paz que aprovou o Tratado de Versalhes, entre outros, criou “um importante organismo internacional para tratar da reabilitação das pessoas para o trabalho no mundo, inclusive das pessoas com deficiência: a Organização Internacional do Trabalho – OIT.”³⁷

levou o seu método ao conhecimento dos alunos do Instituto Nacional dos Jovens Cegos de Paris. Dentre os alunos estava o jovem Louis Braille (1809-1852), na época com aproximadamente quatorze anos, que apresentou algumas melhorias ao método de Barbier. Diante da negativa deste em realizar alterações em seu sistema, Louis Braille o reformulou praticamente em sua totalidade, dando origem à escrita braile. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

³⁵ MAZZOTA, Marcos José da Silveira. Educação especial no Brasil: história e políticas públicas. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 28-29.

³⁶ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

³⁷ *Ibidem*, p. 15.

Essa nova visão sobre a pessoa com deficiência ganha reforço com o presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt que, mesmo tendo adquirido poliomielite aos trinta e nove anos (1921), demonstrou que a paraplegia não era impedimento para uma vida independente, produtiva e remunerada.

Como já dito, anteriormente, a história não apresenta apenas avanços, e na relação com a sociedade, ao menos local, identifica-se que ainda existe a cultura do sacrifício de crianças que nascem com alguma limitação, é o que se desprende da cultura indígena que prevê tal conduta. A legislação pátria prevê que a cultura indígena deve ser respeitada e o Estado não pode interferir em suas crenças, motivo pelo qual sacrifícios em tribos não são criminalizados:

Vou mostrar algumas imagens. Esse menino que vemos aí, infelizmente e involuntariamente, causou um sofrimento muito grande para sua família. Aparentemente nasceu normal, era um bebê lindo, mas seu desenvolvimento foi afetado por algum problema que os indígenas não sabiam qual era e, apesar de crescer, não andou, nem falou. O pai e a mãe tiveram mais 3 filhos, saudáveis e bonitos, que amavam e dos quais cuidavam muito bem. Quando esse menino apresentou problemas, a tribo, toda a comunidade passou a cobrar o sacrifício da criança. Eles poderiam ter seguido a tradição e sacrificado o filho, mas tinham uma ligação muito forte com ele, gostavam muito dele e resistiram por anos e anos. Quando a criança completou 5 anos, os pais, não suportando mais a pressão, que era muito grande, suicidaram-se. Logo depois, o menino foi enterrado vivo por um irmão. Esse é o irmão, Aruwaji, que, pela pressão da tribo, teve que enterrar vivo o próprio irmão.³⁸

O trecho acima citado traz as notas taquigráficas de uma reunião ocorrida na comissão permanente de direitos humanos da câmara de deputados, na ocasião foi

³⁸ Acesso em 25/fev/2020. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/notastaquigraficas/nt05092007.pdf>>

discutido assunto que, como se depreende causa muito sofrimento para as famílias das tribos.

Quero deixar aqui, de maneira bem clara, uma questão muito simples. Pelo menos 200 crianças indígenas são mortas no Brasil de hoje — são enterradas vivas, sufocadas com folhas, abandonadas no mato. Entre os ianomâmis, no mínimo 200 crianças foram mortas nos últimos 5 anos; no Xingu, cerca de 30 são enterradas vivas por ano. Essas são as 2 áreas de que temos dados, das outras faltam pesquisas.³⁹

Importante frisar que, apesar do tamanho sofrimento, a situação é extrema e isolada, e reflete um problema de colisão entre direitos fundamentais, no qual numa bandeja da balança está o direito à manter viva a cultura dos povos indígenas e, na outra bandeja, está o direito das crianças de nascerem e se desenvolverem, mesmo que acometidas por deficiências.

Esse capítulo demonstrou com exatidão o fato de que a sociedade tem mostrado avanços no sentido de tratar com dignidade essa parcela da população, mas que, ainda, existem tratamentos extremos e excludentes no bojo da comunidade brasileira.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS SOCIAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

No Brasil, nem todas as Constituições Brasileiras contemplaram a pessoa com deficiência. As Constituições de 1824 e de 1891 não abordaram essa questão.

³⁹ Acesso em 25/fev/2020. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/notas-taquigraficas/nt05092007.pdf>>

Na Constituição de 1934, nasce “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente”, quando determina em seu artigo 138 ser incumbência da União, dos Estados e dos Municípios: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar.⁴⁰

Diferentemente, as Constituições de 1937, de 1946 e 1967, não trouxeram inovações ou avanços quanto à matéria, restringindo-se a garantir o direito à igualdade e breve menção ao direito previdenciário em caso de invalidez do trabalhador. Foi com a Emenda nº 12 à Constituição Federal de 1967 que se pode constatar uma verdadeira evolução na proteção dos direitos das pessoas com deficiência.⁴¹

A Constituição Brasileira de 1988 é promulgada seguindo o movimento mundial em prol do respeito e proteção das pessoas com deficiência, assegurando em diversos dispositivos essa proteção específica (artigo 5º, caput; artigo 7º, inciso XXXI; artigo 37, inciso VIII; artigo 203, IV e V; artigo 208, III; artigo 227, inciso II do parágrafo I e parágrafo II).

Essa mudança na legislação revela que o Brasil assume sua responsabilidade social e jurídica com a pessoa com deficiência. Assim, a Constituição Federal de 1988, com fundamento do próprio Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), ressalta, em seu preâmbulo, que o Estado foi instituído com o escopo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

⁴⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 1997, p. 58.

⁴¹ *Ibidem*, p. 60.

Nesse sentido, normatiza a tutela do deficiente físico, sensorial ou mental, “porém relega ao legislador infraconstitucional a delimitação do respectivo conceito normativo.”⁴² Bem como atribui ao poder público o dever em implementar políticas públicas em prol da superação das desigualdades sociais, sempre em prol da construção de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

A partir da determinação legal, em 1989 foi editada a Lei n. 7.853/89⁴³, que criou a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, que, entre outros, disciplinou, a integração social e o apoio às pessoas “portadoras de deficiência”.

Diversas outras medidas legais de proteção à pessoa com deficiência seguiram-se: Lei n. 8.112/90 (Lei dos Servidores Públicos – previsão de reserva de vagas em concursos públicos – artigo 5º, § 2º); Lei n. 8.213/91 (Previdência Social - cota de vagas em empresas privadas – artigo 93); Declaração de Salamanca de 1994 (traz a concepção de educação inclusiva); Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - acesso à educação e especialização – artigo 4º, inciso III e artigos 58 a 60); Decreto Federal n. 3.298/99 (regulamentação); Convenção de Guatemala (Decreto n. 3.956/2001 - não discriminação).

Dentre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal está o direito ao trabalho. Neste sentido foi que a lei 8219/1991 apresentou avanço significativo na promoção dos direitos sociais das pessoas com deficiência. De acordo com o artigo 93 da Lei 8.213/91, as empresas com no mínimo 100 empregados são

⁴² CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. O casamento da pessoa com deficiência: o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 34.

⁴³ BRASIL. Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm Acesso em: 12 set. 2019.

obrigadas a cumprir as seguintes cotas, a serem preenchidas por "beneficiários deficientes reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas": 2%, se tiverem entre 100 e 200 empregados; 3%, entre 201 e 500; 4%, entre 501 e 1000; e 5%, de 1001 em diante.⁴⁴

Em debate foi promovido pela Subcomissão Permanente de Assuntos Sociais das Pessoas com Deficiência, presidida pelo senador Lindbergh Farias (PT-RJ). Assim como o deputado federal Romário Faria (PSB-RJ), que também participou da audiência, o senador tem uma filha com Síndrome de Down, Teresa Costa d'Amaral, superintendente do Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD) afirmou que, apesar do Brasil ter a melhor legislação acerca do tema, os direitos previstos na legislação não são efetivados, por, segundo ela, existir um vácuo entre a lei e a atuação do Ministério Público do Trabalho no que tange com a fiscalização das determinações legais.⁴⁵

Importante salientar que essa reunião realizada no Senado Federal aconteceu em 28 de abril de 2011, e representa, justamente, o que foi dito na introdução, no sentido de que, não basta que existam leis prevendo direitos fundamentais e sociais, é necessário que tais leis sejam concretizadas, e, pelo que se viu o Brasil ainda falha nesse quesito.

⁴⁴ Acesso em 25/fev/2020. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/04/28/cotas-para-inclusao-de-deficientes-no-mercado-de-trabalho-nao-sao-cumpridas>>

⁴⁵ Acesso em 25/fev/2020. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/04/28/cotas-para-inclusao-de-deficientes-no-mercado-de-trabalho-nao-sao-cumpridas>>

3 O PROJETO DE LEI 6.159/2019 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Os direitos sociais, consignados como direitos de segunda dimensão que advogam a imposição de um dever eminentemente positivo⁴⁶ do Estado no sentido de concretizar direitos em favor dos indivíduos inaugura sua positivação nas constituições federais: Mexicana de 1917 e Alemã de 1919.⁴⁷ Esse condão de exigir atuação estatal não pode esquecer que toda ação envolve um custo e esse fator é costumeiramente utilizado para opor obstáculo à concretização dos direitos fundamentais, denominado de reserva do possível.⁴⁸

De acordo com uma classificação clássica, das normas constitucionais de José Afonso da Silva, elas estariam divididas em normas constitucionais de: eficácia plena, contida ou limitada. Sendo que a primeira descarna a necessidade de lei para ser colocada em prática, a segunda – através de lei – pode ter seu conteúdo restringido e, a terceira que dependerá de lei para poder ser colocada em prática.⁴⁹ Sem olvidar que todas as normas constitucionais são dotadas, minimamente, de

⁴⁶ Considerados direitos de promoção ou direitos prestacionais, mas também podem apresentar um viés negativo no sentido de não permitir que o Estado se intrometa, desmotivadamente, no exercício das profissões. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodvm, 2019, p. 519.

⁴⁷ Em razão das datas percebe-se que, esses direitos foram previstos num momento de total instabilidade global causada pela primeira guerra mundial, é verdade que se esses dois instrumentos se apresentaram como um marco na previsão de direitos sociais, todavia, do que se percebe da história, especialmente, no que tange com a CF Alemã de Weimar de 1919 ela não vigorou tempo suficiente para que pudesse ter suas previsões concretizadas, infelizmente. “A constituição imperial de Weimar foi, de fato, abolida pela tomada do poder nacional-socialista no ano de 1933. O restabelecimento do Estado e do Direito Constitucional em 1945 na República Federal (da Alemanha) foi influenciada por essas experiências (...) retomaram-se em grande escala os direitos fundamentais da Constituição Imperial de Weimar (...) No entanto, renunciou-se conscientemente os direitos sociais e econômicos...” PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 48.

⁴⁸ Reserva do possível

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

eficácia negativa no sentido de impedir que sejam editadas leis infraconstitucionais que contrariem seu conteúdo. Assim, essa classificação leva em consideração a instrumentalização da concretização das normas constitucionais.

Determina o artigo 5§ em seu §1º que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”⁵⁰ Com fulcro numa interpretação sistemática e teleológica depreende-se que os direitos cuja aplicabilidade é imediata não se limitam aos direitos previstos no artigo 5º, mas a todos os direitos fundamentais mesmo que esparsos no texto constitucional.⁵¹

O que se espera de um Estado Democrático de Direito e porque não dizer social⁵² é que a igualdade⁵³ ultrapasse as esferas da formalidade a qual determina apenas que a lei será aplicada de forma igual para todos, mas alcance um patamar material no qual, em termos isonômicos de acordo com Boaventura de Souza Santos:

⁵⁰ Inserido na CF/88 por influência das Constituições: Portuguesa, Uruguia e Alemã. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 265.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 270

⁵² “Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim um antagonismo fatal entre o Estado e a sociedade (...) Mas, não acontecerá, se o Estado Social for a própria sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil. A Constituição Federal de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. (...) O verdadeiro problema do direito constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como judiciar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por esse aspecto muito avançou o Estado Social da Carta de 1988, como mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social da Carta de 1988 é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 385

⁵³ O Centro nuclear de todos os direitos sociais é indubitavelmente o princípio da igualdade. (...) Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter em igualdade material da nova forma de Estado. (...) BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 388-390. É, justamente, a existência de direitos sociais que permitem a igualdade material.

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.⁵⁴

Através de um tratamento isonômico⁵⁵ busca-se o acesso igualitário que respeite as diferenças sem promover segregação ou inferiorização, inclusive, as pessoas com deficiência na escola e no mercado de trabalho e de modo a impedir que suas necessidades especiais os definam e os limitem. O direito à educação e ao trabalho são, ambos, direitos sociais, de segunda dimensão que, justamente, por demandarem uma prestação positiva do Estado apresentam dificuldade maior para serem efetivadas.

Apesar de demandarem maior esforço para sua concretização, Ingo Wolfgang Sarlet advoga a tese de que, mesmo para eles se aplica o disposto no artigo 5, §1º da Constituição Federal de 1988 que determina sua aplicabilidade imediata, porém, admite que para que possam ser plenamente aplicados dependem de atuação legislativa, o que lhes confere uma dimensão programática.⁵⁶

No que tange com o acesso igualitário ao ensino, conforme citado na introdução, a Lei 13.146/2015, a Lei de inclusão, também apelidada de lei Romário,

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

⁵⁵ “Rezam as Constituições – e a brasileira estabelece no artigo 5º caput, que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 09.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 559.

cumpriu a finalidade de superar o paradigma da mera igualdade formal concedendo aos deficientes uma vaga em escola especial – o que significava no fim das contas uma segregação social – para um novo paradigma, o de, além de ofertar estudo, fazê-lo num contexto social de escolas regulares, o que significou uma vitória para as pessoas com deficiência pois lhes foi conferido o direito ao estudo e o de relacionar, e, por outro lado, uma avanço para que essa geração em idade escolar aprenda a conviver e respeitar os diferentes.

No aspecto, laboral, o Brasil tem uma das melhores legislações a respeito de igualdade, pois a lei 8219/1991 prevê uma cota de trabalhadores com deficiência a ser preenchido pelos empregadores nacionais " : 2%, se tiverem entre 100 e 200 empregados; 3%, entre 201 e 500; 4%, entre 501 e 1000; e 5%, de 1001 em diante.⁵⁷.

Já foi dito que, apesar de louvável a iniciativa da lei, ela pende de concretização, por diversos aspectos. Citou-se a reunião ocorrida no senado em 2011 na qual se discutiam mecanismos para colocar referida lei em prática e proceder à fiscalização, lamentavelmente, essa discussão apesar de antiga ainda não se encerrou. A ausência de concretização da referida lei é confirmada pela jurisprudência.

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-658200-89.2009.5.09.0670 A C Ó R D Ã O (SDI-1) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. PREENCHIMENTO. ART. 93 DA LEI 8.213/91. MULTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. ABSOLVIÇÃO. PERSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO LEGAL.

1. Conquanto seja ônus da empregadora cumprir a exigência prevista no art. 93 da Lei 8.213/91, ela não pode ser responsabilizada pelo insucesso, quando ficou comprovado que desenvolveu esforços para preencher a cota

⁵⁷ Acesso em 25/fev/2020. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/04/28/cotas-para-inclusao-de-deficientes-no-mercado-de-trabalho-nao-sao-cumpridas>>

mínima, sendo indevida a multa bem como não havendo falar em dano moral coletivo.

2. A improcedência do pedido de condenação da ré ao pagamento de multa e de indenização por dano moral coletivo fundada no fato de a empresa haver empreendido esforços a fim de preencher o percentual legal de vagas previsto no art. 93 da Lei 8.213/91, não a exonera da obrigação de promover a admissão de pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados, nos termos da lei. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá parcial provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-658200-89.2009.5.09.0670, em que é Embargante AMERICAN GLASS PRODUCTS DO BRASIL LTDA. e Embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. A Sétima Turma, a fls. 348/354, deu provimento ao Recurso de Revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 9ª Região, para: 1) determinar que a recorrida, no prazo máximo de 3 (três) meses, contrate e mantenha em seus quadros trabalhadores portadores de deficiência habilitados ou reabilitados da Previdência Social, em número suficiente para preenchimento da cota legal a que está obrigada, sob pena de pagamento de multa de R\$ 10.000,00, por empregado que faltar para o integral cumprimento da cota, a favor da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE de São José dos Pinhais; 2) condenar a recorrida ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), revertido para a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE. Irresignada, a empresa - ré interpõe Recurso de Embargos (fls. 375/411). Transcreve arestos para confronto de teses e contrariedade à Súmula 126 do TST. Foi oferecida impugnação (fls. 429/434 e 449/454). O

Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.⁵⁸

No caso em tela o Ministério Público do Trabalho ajuizou uma ação civil pública com o condão de ver aplicado o disposto no artigo 93 da lei supracitada e condenar a empresa por dano moral coletivo. Da análise desse caso algumas conclusões se extraem: 1 – esse direito de igualdade de acesso não é respeitado, tanto não é que o Ministério Público precisou intervir; 2 – Que o Poder Judiciário, igualmente, foi chamado a decidir; 3 – Não obstante a empresa não tenha sido condenada ao pagamento de danos morais coletivos; 4 – O resultado da demanda foi positivo no sentido de que a decisão judicial fixou o prazo de 3 meses para que a empresa contratasse pessoas com deficiência.

Donde se concluiu que, apesar de o Brasil ter uma legislação elogiada por ser considerada avançada na proteção de pessoas com deficiência, percebe-se que essa lei não é cumprida em seus exatos termos, ou seja, se apresenta sem a integralidade de sua eficácia social⁵⁹.

Há quem afirme que a igualdade, como direito fundamental, não deve ser entendido como regra – cumprida na exata medida das suas prescrições - , mas como

⁵⁸PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-658200-89.2009.5.09.0670 ACÓRDÃO (SDI-1) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. PREENCHIMENTO. ART. 93 DA LEI 8.213/91. MULTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. ABSOLVIÇÃO. PERSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO LEGAL. Disponível em <<https://advocaciamaciel.adv.br/acordao-da-sdi-1-sobre-cota-para-deficientes-vitoria-em-processo-patrocinado-pela-advocacia-maciel/>> Acesso em 29 de out/2019.

⁵⁹ Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ele representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* e o *ser* da realidade. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 219.

princípio – um mandamento de otimização, que deve ser cumprido na medida máxima considerando circunstâncias fáticas e jurídicas em voga. Não obstante a tamanha dificuldade em concretizá-lo através da lei que o pretende homenagear, não se pode esquecer que, por ser uma norma constitucional, esta norma tem eficácia minimamente negativa no sentido de impedir que legislações contrárias as suas prescrições sejam postas em vigor.

Para além do princípio da igualdade, a presente problemática está relacionada ao acesso igualitário a um direito social, o de ter um trabalho, um emprego uma ocupação que, adiante de consistir em um meio de subsistência é, ainda, um meio de realização pessoal e promoção da dignidade da pessoa humana.⁶⁰

A questão toda que envolve direitos fundamentais e direitos sociais gravita em torno da dificuldade de concretizá-los, e, ainda, de após iniciado o movimento de concretização, de protegê-los em face da atuação estatal, daí a finalidade e o fundamento do princípio da vedação do retrocesso social.

Todavia, é que para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intensivo no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais. Com efeito, no diz que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores público-privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vem reconhecendo a vigência, como garantia

⁶⁰ Rizzato Nunes entende a dignidade da pessoa humana como um dever social do Estado. “Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir a atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional que ilumina todos os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação aplicação ou criação de normas jurídicas.” NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 73-75.

constitucional implícita, do princípio da vedação do retrocesso social, a coibir medidas, que, mediante, revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal. [sem grifos no original]⁶¹

Assim, fundado no dever de realização progressiva dos direitos sociais, o princípio da vedação do retrocesso social que determina que um direito constitucional que, após iniciadas ações para sua concretização não podem retroagir no sentido de andar no caminho inverso ao de sua efetivação.

Tendo em mente tais postulados, é possível trazer um exemplo prático de retrocesso social, de autoria do presidente da república Jair Messias Bolsonaro, no dia 26 de novembro de 2019, foi apresentado o Projeto de Lei 6159/2019⁶² perante a Câmara de Deputados – e ainda em trâmite - , com o seguinte objetivo:

Art. 93-B. A obrigação de que trata o art. 93 poderá ser cumprida **alternativamente**, conforme o disposto em regulamento, por meio:

I - **do recolhimento mensal ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física** e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, do Ministério da Economia, do valor equivalente a dois salários-mínimos por cargo não preenchido; ou

II - da contratação da pessoa com deficiência por empresa diversa, desde que as contratações adicionais pela empresa que exceder o percentual exigido compensem o número insuficiente de contratações da empresa que

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 453.

⁶² Acesso em 25/fev/2020. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=774C6731AC470ED9A58F418D1E08568B.proposicoesWebExterno2?codteor=1837451&filename=Tramitacao-PL+6159/2019 >

não tenha atingido o referido percentual. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II do caput, as empresas observarão o limite de ocupação de vagas excedentes em relação à obrigatoriedade estabelecida no art. 93 e informarão aos órgãos competentes os cargos destinados ao cumprimento da obrigação em cada empresa. (NR)

O vício do projeto de lei reside justamente no fato de que prevê o cumprimento do preenchimento das cotas de forma alternativa, prevendo a possibilidade de que o empregador ao invés de contratar pessoas com deficiência possa contribuir em direito para um programa de habilitação e reabilitação física.

Referida lei representa um importante retrocesso, pois caminha no sentido de segregar, novamente, as pessoas com deficiência em seus lares. Num primeiro momento pode-se pensar que esta seria uma forma de fazer com que as empresas contribuíssem de alguma forma para com o desenvolvimento dessa parcela da população, mas o que não se pode olvidar é que trabalhar não guarda relação apenas com a percepção dos valores mensais, mas também, com o direito de se relacionar, de se desenvolver, de promover um projeto de vida, de efetiva realização pessoal através da profissão. Ao permitir que as empresas ao invés de contratá-los, apenas contribuam pecuniariamente, o Estado está caminhando em sentido inverso ao da promoção pessoal das pessoas com deficiência desfazendo todo o avanço apresentado pela lei 13.146/2016.

O que não se pode admitir num estado social⁶³ democrático de direito, por esbarrar no mandamento constitucional da isonomia, da concretização progressiva dos direitos sociais das pessoas com deficiência, na afronta ao princípio da vedação do retrocesso social e da promoção da dignidade da pessoa humana.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 385.

CONCLUSÃO

A inconstitucionalidade do projeto de lei 6159/2019 é patente, sua edição representa um retrocesso, e vai de encontro com o avanço da lei 13.136/2015 no sentido de que não basta dar educação e salário, o Estado deve dar oportunidade as pessoas com deficiência de se relacionar e se realizar profissionalmente, porque as pessoas ao frequentarem a escola e o trabalho exercem vários aspectos de sua personalidade.

Exercer uma profissão, vai muito além de apenas de receber retribuição pecuniária, tem a ver com evolução pessoal e profissional, conversar, se relacionar se sentir normal e inserido na sociedade. E o referido projeto de lei, ainda em trâmite, consegue a um só tempo ferir todos esses aspectos da personalidade das pessoas com deficiência, ou seja, fere de morte sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 1997.

ARISTÓTELES. **Política**. Texto Integral. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. **O casamento da pessoa com deficiência: o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho.** São Paulo: LTR, 2005.

MAZZOTA, Marcos José da Silveira. **Educação especial no Brasil: história e políticas públicas.** 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 28-29.

MEDINA, Borges de Mattos. **Constituição e Realidade: A influência das transformações sociais na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Editora Juspodvm, 2019.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PANSIERI, Flavio e SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação Constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PLATÃO. **A República.** Texto Integral. Tradução de Pietro Nassetti. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Otto Marques da. **Epopéia ignorada.** Edição de Mídia. São Paulo: Editora FASTER, 2009.

WELLS, Herbert George. **Uma breve história do mundo.** Tradução de Rodrigo Breuning. Porto Alegre: L&PM, 2011.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA
CONSTITUTIONAL MUTATION AND LEGAL (UN)CERTAINTY

Thiago Miranda MINAGÉ¹

Caroline Viganò MATTAR ASSAD²

RESUMO

O presente artigo busca explicar o fenômeno da mutação constitucional e relacionar com a segurança jurídica. Para tanto, analisa a ocorrência do fenômeno em meio às Constituições rígidas, por meio de suas diversas formas de manifestação. Ao final, elabora-se crítica da ideia de democracia constitucional de forma a relacionar esta noção à necessidade de mutação e seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional; segurança jurídica; democracia constitucional.

ABSTRACT

This article explains the phenomenon of constitutional mutation and relate to certainty It analyzes the occurrence of the phenomenon in the rigid Constitutions, through its various forms of manifestation. Make a critique of the idea of constitutional democracy is elaborated in order to relate this notion to the need for mutation and its limits.

KEY WORDS: Constitutional mutation; legal certainty; constitutional democracy.

INTRODUÇÃO

¹ Pós-doutorando em Direito pela UFRJ; Doutor e Mestre em Direito pela UNESA; Advogado Criminalista. E-mail: thiago@thiagominage.com.br.

² Graduanda em Direito pela FAE-Centro Universitário. E-mail: carolassadd@gmail.com.

Historicamente, sempre houve a necessidade de se ter um mecanismo de organização do Estado. Uma norma jurídica que trouxesse a estruturação estatal e limitação ao poder. Nos povos hebreus, as limitações ao poder político se pautavam no Estado Teocrático – período denominado Constitucionalismo Antigo.

Ao final do século XVIII, com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, surge o período chamado de Constitucionalismo Moderno, onde o texto constitucional foi concebido como documento que, a priori, deveria durar indefinidamente no tempo e, para assegurar essa duração, existia complexo processo de proteção ao texto, que tornava sua mudança uma hipótese mais distante. As Constituições francesas de 1791 e de 1795 trazem um modelo para essa inspiração: duração indefinida e rigidez. A Constituição de 1791, pautada nessa crença de permanência e imutabilidade, só permitia início da revisão após decorridos 18 anos da deliberação que inaugurava o percurso da Assembleia de Revisão. Superada pela dinâmica revolucionária, incompatível com tal dificuldade na mudança e lentidão no processo formal, a concepção da revisão ressurgiu na Constituição de 1795, que previu a instituição da Assembleia de Revisão nove anos após a aprovação da proposta. A cautela sobre a proteção não deteve as ondas do movimento revolucionário.

Nos movimentos ideológicos do Constitucionalismo Revolucionário de 1789, a religião tomou espaço e conduziu ao culto da Constituição. Infundiu-se nela a sobrenaturalidade da criação divina. A Constituição se assemelhava ao “Cristo Abstrato”.

Na Constituição dos Estados Unidos de 1787 (documento que inaugurou o Constitucionalismo escrito do século XVIII) não houve a previsão de um extenso formalismo envolvendo a revisão constitucional como na França de 1791 e 1795. Houve a formulação de regras mais comedidas, com efeitos mais práticos. No artigo

V foi descrito o quórum necessário para emendar, quando a iniciativa proviesse das Legislaturas Estaduais e a exigência da ratificação estadual da emenda – o que consagrou a defesa do texto constitucional.

1 SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E VONTADE DE CONSTITUIÇÃO

Não é apenas no mundo das normas jurídicas que se assegura a permanência da Constituição. As normas jurídicas modelam e conduzem a supremacia da Carta, porém, é necessário seu acatamento. Logo, podemos dizer que tal acatamento ultrapassa seu comando supremo. A adesão à Constituição gera formas de obediência constitucional. É o chamado “sentimento constitucional” ou “vontade de Constituição”.

Para Konrad Hesse, o que legitima a força normativa da Constituição é a condição essencial chamada “vontade de constituição”. A ideia é de que somente a necessidade e vontade humana têm o necessário para que a Constituição perdure e logre êxito. E a eficácia vincula-se à sua incidência na realidade, ao acontecimento concreto – enquanto seus fundamentos forem cabíveis e aplicáveis aos fatos, a Constituição é eficaz. Para Hesse, também, a Constituição deve, em sua forma, ser concisa e, em seus poucos princípios fundamentais, se mostrar adequável às mudanças políticas sociais e econômicas. Deve também, igualmente, ser maleável e, em sua aplicação, a interpretação deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto – pois quanto mais ela consiga se adaptar aos fatos, maior será sua eficácia.³

Karl Loewenstein observa que a Constituição se valoriza na medida em que favorecer mudanças na estrutura social sem alteração no processo político. O segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das Constituições monárquicas da

³ FIGUEIREDO, Rachel. O conceito de Constituição: análise comparativa das ideias de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.

Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda está na raridade de emendas constitucionais. Essa modificação infrequente não abala sua validade e reforça a segurança jurídica na alma de seu povo.

A expressão “sentimento constitucional” (Verfassungsgefühl) diz respeito ao comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político⁴. Esse sentimento constitucional é incompatível com indiferença popular em relação à Constituição. A ignorância constitucional do povo nega o sentimento constitucional e fazem da Constituição mera folha de papel. Essa conduta de ignorância substitui a estabilidade pela fragilidade da Carta.

Pablo Lucas Verdú⁵ examina a relação da consciência com o sentimento constitucional, o qual corresponde na caracterização do sentimento constitucional como modo de integração política. Verdú diz que o sentimento constitucional se apoia no vínculo moral entre as instituições e os homens, sem o qual nada é sólido. O sentimento constitucional também corresponde a estar na Constituição, que sucede, historicamente, à aspiração de tener-Constitución, responsável pelo aparecimento do poder constituinte.

A propagação do sentimento constitucional deve ser compromisso dos professores de Direito (em geral) e dos professores de Direito Constitucional (em particular):

El concepto de Constitución es completo cuando a intelección teórica se une su comprensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La enseñanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas,

⁴ FIGUEIREDO, Rachel. Op. cit.

⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985, p. 10-66.

requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquélla, sintiéndola como cosa propia.⁶

2 MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Em uma perspectiva histórica, a mudança constitucional se realiza por meio de formas variadas, repercutindo, com maior ou menor intensidade, na validade e na vigência da Constituição. A mudança da Constituição é que tem a função do processo mais radical de mudança – seja mediante a substituição de uma Carta por outra; a destruição da Constituição ou a sua supressão, abrindo caminho ao Poder Constituinte originário.

Carl Schmitt⁷, em sua Teoria da Constituição, descreve formas históricas das mudanças constitucionais. Nela, abrange mudanças da Constituição e mudanças na Constituição – encontrando sentido na Destruição da Constituição, Supressão da Constituição, Reforma Constitucional, Quebra da Constituição e Suspensão da Constituição. A destruição e a supressão são formas radicais da mudança constitucional, enquanto a reforma constitucional, a quebra e a suspensão da Constituição significam mudanças parciais, atingindo “prescrição legal-constitucional”, sem resultar em uma substituição da Carta.

Um comportamento que repercute em grande medida na permanência da Constituição, é sua mudança. Cabe examinar tal mudança para identificar a natureza das relações entre permanência e mudança.

A mudança no texto não se resulta, obrigatoriamente, da falta de estima pela Constituição. Ela aparece, geralmente, para aperfeiçoar e corrigir o texto

⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985, p. 69-70.

⁷ SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución, tradução de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 115-7.

constitucional. Juntamente com uma ideia de evolução. A mudança reflete insatisfação com o texto vigente, propondo alterá-lo.

Tais mudanças se fazem possíveis na reforma constitucional, em sentido amplo, abrangendo revisão e emenda, e a mutação constitucional. Na definição de HSÜ Dau-Lin, a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade – a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional.

De acordo com José Carlos Francisco, a sociedade pode se transformar de duas maneiras distintas, quais sejam, por meio da evolução ou por meio da revolução.⁸

Em face das mudanças econômicas, sociais, políticas, tecnológicas e ideológicas do povo, as Constituições escritas e rígidas podem ser alteradas por mecanismos que não estão previstos expressamente no texto constitucional – são os mecanismos informais de alteração constitucional, também conhecidos pela doutrina como “mutações constitucionais”.

As mudanças das normas podem ocorrer de formas não perceptíveis, pelos costumes ou pelo efeito da conjuntura política, sem que exista, necessariamente, alteração em seu texto. Essas mudanças não têm efeito no plano do exercício da competência reformadora da Constituição, mas, conferem um novo significado e alcance às normas constitucionais.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As Constituições têm vocação de permanência. É onde encontra-se abrigo para as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas

⁸ FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 35.

da política ordinária. A constitucionalização retirou das mãos de eventuais maiorias, determinadas decisões fundamentais. Porém, as Constituições não são eternas e nem podem ter como finalidade uma imutabilidade – uma geração não pode pretender que a próxima se submeta aos seus desígnios; na ideia de que “os mortos não podem governar os vivos”. Todas as Cartas Políticas preveem mecanismos para sua própria alteração e adaptação perante novas realidades, mas isso não quer dizer que esta seja a única hipótese de sua mudança.

A modificação da Constituição pode se dar por via formal ou informal. A formal se manifesta através da reforma constitucional – mecanismo previsto na própria Carta, com regras do modo pelo qual deve se dar sua alteração. Esse procedimento é mais complexo que o da edição da legislação infraconstitucional. Assim, resulta a rigidez constitucional. A alteração por via informal se dá pela mutação constitucional – mecanismo que permite uma transformação do sentido e do alcance das normas jurídicas, sem que se opere qualquer modificação em seu texto. A mutação está relacionada à plasticidade de que são dotadas muitas normas constitucionais.⁹

Para conceituar mutação constitucional, é necessário trazer ensinamentos de doutrinadores que tiveram relevância ao tratar do tema. Paul Laband, em 1895, no livro “Mutações da Constituição Alemã” fez a primeira diferenciação entre reforma constitucional (Verfassungsänderung) e mutação constitucional (Verfassungswandlungen). No livro, Laband traz como a Constituição do Reich era transformada sem que fossem acionados os mecanismos da reforma.¹⁰

Laband, em linhas gerais:

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 145-146.

¹⁰ GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutações constitucionais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

(i) destaca que apesar das Constituições serem normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado pode transformá-las sem necessidade de sua modificação formal;

(ii) classifica as mutações constitucionais em três tipos: a) regulação por parte das leis do Reich de elementos centrais do Estado não previstos na Constituição; b) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da Constituição e; c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos;

A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo a norma escrita da Constituição.¹¹

O tema da mutação encontra seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. O Direito não é mais apartado do mundo fático – essa visão já foi superada pela teoria jurídica.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Em uma relação intensa e recíproca, o Direito influencia a realidade e sofre a sua influência. No caso das mutações, o conteúdo da norma é que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. (citar livro barroso p. 149) As teorias concretistas da interpretação constitucional, como constantes na obra “A força normativa da Constituição” de Konrad Hesse, enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.

A mutação constitucional é feita por via da interpretação feita por órgãos estatais ou através dos costumes e práticas políticas aceitas na sociedade. Sua legitimidade se encontra no equilíbrio entre dois conceitos essenciais (mas, que

¹¹ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115 (jul./set. 1992). P. 5/25.

guardam tensão entre si): a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez busca resguardar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica. A plasticidade procura adaptar as normas aos novos tempos e novas realidades/demandas.

Podemos concluir que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não previstos expressamente na Carta, mas, por ela admitidos – como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais.¹² Georges Burdeau, na obra “Tratado de Ciência Política”, de 1969, denominou essa terceira via:

se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as Constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita Às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo.

A titularidade dessa terceira via tem sua titularidade no povo, mas, acaba tendo o seu exercício por via representativa pelos órgãos do poder constituído – em consonância com sentimentos sociais e demandas do povo.

4 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

¹² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

A mutação constitucional tem limites e, se ultrapassá-los, estará violando o poder constituinte e a soberania popular. As normas jurídicas se libertam da vontade subjetiva que as criou e passam a ter, assim, uma existência objetiva que permite sua interação e atualização perante as novas realidades e evoluções. Porém, essa habilidade de interação não pode desnaturar o espírito da Constituição. Assim sendo, deve-se observar dois importantes limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma – os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição.

Caso o sentido novo que se deseja dar não caiba ao texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. Se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar o poder constituinte originário do estado de inércia.¹³

Mutações que contrariem a Constituição serão mutações inconstitucionais e deverão ser rejeitadas pelos poderes competentes e pela sociedade. Caso tal rejeição não ocorra, acontece situação não comum, onde o fato se sobrepõe ao Direito. Se a persistência da inconstitucionalidade perdurar, é identificada a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação ou um quadro revolucionário¹⁴. A inconstitucionalidade deverá se resolver por meio de sua superação ou por sua conversão em Direito vigente

5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DA MUTAÇÃO

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

Interpretação constitucional é, basicamente, a determinação do sentido e alcance de normas constantes na Constituição, visando sua aplicação. Onde o Direito se concretiza, há interpretação. A aplicação oriunda da interpretação poderá ser direta ou indireta – será direta quando se fundar em um dispositivo constitucional e indireta sempre que se basear em uma norma infraconstitucional. No segundo caso, a Constituição será parâmetro de validade da norma a ser aplicada e pautará a determinação de seu significado – que deverá corresponder a ela.

A existência de enunciados normativos de textura aberta, como conceitos jurídicos indeterminados (ordem pública, dano moral, calamidade pública, etc.) e os princípios (dignidade da pessoa humana, moralidade, igualdade, etc.) tornam o intérprete um coparticipante do processo da criação do Direito. Não basta apenas capacidade técnica para aplicar o Direito, nesse caso. O intérprete precisa se valer de uma dose de subjetivismo. O enunciado normativo oferece parâmetros, mas a inteireza de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete – quem fará valorações e escolhas se pautando no caso concreto.

Essa função do intérprete dá abertura a uma atividade criativa que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva – vale dizer que nenhuma das duas se confunde com a figura da mutação constitucional –. A interpretação construtiva se pauta na ampliação de sentido ou alcance da Constituição (seus valores, seus princípios), com a finalidade de criar uma figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista de forma expressa na Constituição. Já a interpretação evolutiva é a aplicação da Constituição a situações que não foram analisadas ou contempladas à época de sua criação pois não existiam, mas, que se enquadram no espírito e na possibilidade semântica do texto constitucional. A diferença essencial entre as duas é que na interpretação construtiva a norma alcança situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; na interpretação

evolutiva, a situação não poderia ter sido prevista, mas, se fosse, deveria ter recebido o mesmo tratamento (referenciar livro do Barroso).

A mutação constitucional, com o viés interpretativo, consiste na mudança de sentido da norma em descompasso com o entendimento preexistente. Levando em consideração que só existe norma interpretada, a mutação ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. Em caso de interpretação judicial, ocorrerá mutação quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidir mudar entendimento sobre algo previamente interpretado – seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. O mesmo ocorre na interpretação administrativa que, inclusive, tem sua alteração prevista expressamente em normas positivas.

6 MUTAÇÃO PELA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR

Existirá mutação constitucional por atuação do poder legislativo quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É o caso de algum direito ou instituto previsto na Constituição sem que esta lhe atribua um conteúdo. A sua definição acaba se dando por meio de previsões legislativas e será alterada sempre que estas leis forem modificadas. Por exemplo, a Constituição faz referência ao “trânsito em julgado”, sem, no entanto, indicar de forma precisa, o momento em que ocorre ou por quais meios. Eventuais modificações na lei processual suprimindo hipóteses recursais implica, portanto, em alteração do sentido da norma constitucional. A última palavra sobre a mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

7 MUTAÇÃO POR COSTUME CONSTITUCIONAL

A ideia do costume como fonte do direito posto, encontra sentido na adoção de uma prática reiterada e reconhecida como válida (e em certos casos como obrigatória). A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida – como é o caso da nossa Constituição da República do Brasil –, não é pacífica. O costume traz em si a interpretação informal da Constituição e, algumas vezes, terá um papel atualizador do texto constitucional abarcando questões não previstas expressamente; em alguns casos, estará em contradição com a norma constitucional. A doutrina identifica três modalidades de costume: interpretativo (*secundum legem*), integrativo (*praeter legem*) e derogatório (*contra legem*).¹⁵

Exemplo de costume constitucional no direito brasileiro é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional. O costume contra legem (contrário à Constituição) não deve receber batismo do Direito. O exemplo de um caso desse, que foi rejeitado em 2005, foi o do chamado nepotismo no Poder Judiciário (conduta de nomear parentes de juízes para cargos que independiam de concurso).¹⁶ Existem ainda casos onde os costumes inconstitucionais ainda não foram superados, como a inobservância por Estados e Municípios de regras constitucionais relativas ao pagamento de precatórios – em especial do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba (CF, art.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 157.

¹⁶ Trata-se de resolução número 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal – ADC 12, Revista de Direito do Estado, 1:371, 2006, Rel. Min Carlos Britto.

100, §1º); ou o descumprimento de regras orçamentárias, por exemplo, a que veda o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5º, VI)¹⁷.

Existe, na história brasileira, um importante caso de mutação constitucional por via de costume – a implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. O Poder Executivo passou a ser compartilhado pelo imperador com um Gabinete de Ministros, sem que houvesse qualquer dispositivo constitucional que fizesse tal previsão.¹⁸

8 A MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO

É certo que os dispositivos normativos não contêm em sua estrutura a solução para os problemas a que se destinam resolver. É necessária a sujeição à interpretação, levando a uma análise subjetiva e adequação ao caso concreto. Não só a visão e interpretação, mas também, a realidade subjacente é decisiva neste processo. Conceitos como “ordem pública” ou “dignidade da pessoa humana” são exemplos que podem sofrer mudanças ou variações ao longo do tempo, assim, vindo a produzir consequências jurídicas diversas.

A mutação ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo e do ético varia com o tempo.¹⁹ Na experiência brasileira, temos a mutação que sofreu o instituto do Habeas Corpus, que, no primeiro

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 158.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 158.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 159.

quarto do século se transmutou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos. Desenvolvida por Rui Barbosa, a doutrina brasileira do “habeas corpus”, precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura.²⁰

A mutação também se dará em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era tido como legítimo, pode deixar de ser. E vice-versa.²¹ Por exemplo, intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que as justifique.

Em algumas situações, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida.²²

O fenômeno da mutação constitucional por alterações sociais tem várias implicações, inclusive no plano do controle de constitucionalidade.

9 O PRINCÍPIO GERAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

O homem precisa de segurança para conduzir a vida. Por isso, consideram-se os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementares

²⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, 2003, p. 142-143.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 160.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 160.

no Estado de direito. Esses dois princípios andam juntos, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio dentro do princípio da segurança jurídica. Considera-se, em geral, que a segurança jurídica está relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, como: garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, relacionadas com a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Os dois princípios exigem, em suma: a. clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; b. de forma que em relação a eles, o cidadão tenha garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – seja o legislativo, executivo ou judiciário.²³

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo pode se compor do seguinte modo: o sujeito tem a certeza de que seus atos ou as decisões sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas postuladas em normas vigentes e válidas estão ligadas a normas previstas no ordenamento jurídico. Para José Afonso da Silva,

a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

²³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 257.

O que se tem de mais importante dentro do princípio da segurança jurídica, é o seguinte: a. relativo aos atos normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses que são juridicamente protegidos; b. relativo a atos judiciais – inalterabilidade do caso julgado; c. em relação a atos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos que constituam direitos.²⁴

A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos atos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios.

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível obter uma solução para o caso concreto, através da interpretação. A segunda é a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um ato normativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta – densa – não oferece uma medida jurídica capaz de: a. alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; b. constituir uma norma de atuação para a administração; c. possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.²⁵

A mudança ou alteração frequente das leis pode prejudicar a confiança das pessoas. Sobretudo, quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica delas próprias. Isso rompe com o citado no tópico 2 do presente artigo, pois para o povo confiar na Constituição e esta passar a ter sua força normativa assegurada, é necessário que exista o sentimento constitucional. Com a sensação de

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 257.

²⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 258.

insegurança jurídica, o povo não é passível de confiança, sentimento ou vontade de Constituição.

10 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA APLICABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É no próprio texto constitucional que encontraremos a maioria dos princípios orientadores do processo como um todo, que têm como incumbência garantir os direitos fundamentais individuais de cada um dos integrantes de nossa sociedade. Inegável que nossa Constituição de 1988 veio como alicerce, que fundou um Estado Democrático de Direito, mesmo diante de várias forças com interesses distintos, conseguindo consolidar premissas democráticas que, até hoje, apesar de descritas com força vinculativa, percebe-se tamanha dificuldade de efetivação, seja direitos ou garantias descritas. Dessa forma, faz-se extremamente necessária a compreensão do que se entende por **estado democrático e estado de direito**.

Comumente, clama-se por uma premissa de que o povo é portador de um desígnio sacrossanto, que jamais se enganaria e seria sabedor de todas as coisas para o bem comum de uma sociedade. Uma retórica que permeia a narrativa dos consensos democráticos, de que, a bondade está no povo, afirmação esta, extremamente perigosa²⁶.

²⁶ DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. Democracia Constitucional: um paradoxo? Um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, Habermas e Derrida. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-constitucional-2/>>. Acesso em: 05 mar. 2017. 'O que é democracia? Nas tradições da teoria política, democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria? Todavia, mesmo onde uma maioria governa, a minoria não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A Constituição.'

A 'democracia' refere-se a um regime político que consente com o desenvolvimento pacífico dos conflitos e, a ideia de que, é através desses conflitos, que ocorrem as transformações sociais e institucionais, sempre prezando, de forma igualitária, todos os pontos de vistas externos e internos da sociedade. Ou seja, por meio do dissenso e do conflito legitima-se a mudança, momento em que a democracia, garante a luta pelos direitos, oferecendo espaços e proteção para o exercício dos direitos de liberdade e, esses, garantem à democracia, instrumentos sociais que legitimam uma efetiva tutela para o desenvolvimento e realização dos pleitos. Contrapondo-se totalmente a regimes autoritários que primam pela intolerância a qualquer forma de manifestação contrária aos interesses governamentais.

O fato de considerar que a liberdade, mesmo quando exercitada individualmente, equivale a uma forma de contra poder, demonstra que a democracia é fruto de uma constante tensão entre o poder político representativo, que se identifica com o estado; e poder social direto, que se identifica com o exercício da liberdade decorrente de sua condição permanente de oposição²⁷. Isso não aponta para uma contradição, entre democracia direta e representativa, pelo contrário, na ausência de uma democracia direta é a representativa, mediante um consenso vazio e passivo, que age²⁸. Em contrapartida, na ausência de uma democracia representativa, é a direta que, fundada em si mesma, reproduz formas de representação que tendem a sucumbir em longo prazo por falhas das garantias jurídicas e políticas²⁹.

Repudiar qualquer uma das duas formas de democracia leva-nos a um

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La lei del más débil*. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

²⁸ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional Sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 44.

²⁹ FERRAJOLI, 1999.

abismo de retorno aos preceitos autoritários, pois, o descontentamento na democracia direta, quanto aos conflitos e dinâmicas sociais, afronta o conservadorismo; de outra parte, a insatisfação pelas formas de democracia representativa remete ao desprezo pelas garantias jurídicas, como se um sistema social que se auto alimenta, fosse eficaz, desprezando, assim, as concepções de estado³⁰.

Sustentar a tese da democracia constitucional, em primeiro lugar, é romper com alguns dos pressupostos históricos que caracterizaram a ideia de democracia como se fosse o auge de um 'governo do povo', na medida em que esse mesmo povo, por sua vez, assumiria organicamente a posição de um pseudo macro sujeito, como um corpo moral e coletivo, que possuiria uma vontade homogênea. Na verdade, falar em democracia, como governo do povo, que se julga correto, deve ser entendido, na medida em que, se reconhece a soberania popular, assumindo-se como a liberdade positiva do povo de não ser sujeito a outras decisões, a não ser sobre aquelas estipuladas por si mesmo³¹.

A vontade da maioria encontra na democracia constitucional a impossibilidade de deliberar sobre leis constitucionais que conferem direitos fundamentais não pertencentes ao povo – como macro sujeito dotado de vontade unitária -, mas pertencem ao povo – enquanto sujeito coletivo -, cujos componentes estão unidos somente pela titularidade das mesmas modalidades constituintes ou expectativas constitucionalmente constituídas, o que supõe a igualdade em direitos, sobretudo, os individuais e fundamentais, pertencentes a todos os indivíduos que compõem o povo e que podem ser envergados, inclusive, contra as decisões tomadas pela representação majoritária. Isso é dizer que: se existe a unidade do povo, é aquela, e somente aquela, de igual titularidade em direitos³².

³⁰ FERRAJOLI, 2002, p.757-758.

³¹ NETO, 2016, p. 47-48.

³² NETO, 2016, p. 48.

Nesse sentido, para se falar em democracia constitucional, a soberania popular apresenta-se mediante duas vertentes, quais sejam: negativa e positiva. Pelo sentido negativo, a soberania não pertence aos representantes ou qualquer pessoa ou grupo de pessoas e, sim, aos sujeitos individuais que compõem o povo; do lado oposto, no sentido positivo, tais sujeitos são detentores de poderes e contra poderes, isto é, de direitos individuais e fundamentais – direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do status de pessoas, compreendidos como fragmentos da soberania popular -, cuja violação, além de ser um atentado contra a pessoa que deles é titular, é uma violação à própria soberania popular³³.

De forma clara e objetiva Alfredo Copetti Neto³⁴, com base no garantismo elaborado por Ferrajoli, diz que:

Desse modo, uma redefinição da soberania popular redireciona o elo entre democracia e povo, o que conseqüentemente estabelece que as decisões da maioria, como vontade do povo, não são suficientes, embora necessárias, à definição de democracia; isso quer dizer que um sistema, para que possa ser democrático, deve limitar e vincular todos os poderes, inclusive o poder da maioria, haja vista que é o poder de todos – como soberania popular – que forma a democracia, da qual os direitos fundamentais estabelecem vínculos substanciais, contradizendo a tese clássica que determina a democracia como um método, garantido, evidentemente, pelo sufrágio universal e pelo princípio de maioria.

A complexidade das situações, por outro lado, permitiu e permite um jogo ideológico, sem tamanho, e um contexto que admite manipulações, das mais variadas, tornando difícil a decisão que conduz para o lado do qual se deve ficar ou entender,

³³ NETO, 2016, p.48-49.

³⁴ NETO, 2016, p.50.

mas, na verdade, a democracia, em resumo, tem o povo, não como um macro sujeito, dotado de vontade homogênea, mas é a soma de indivíduos, dotados de suas particularidades, titulares de direitos e dependentes de proteção.

Assim, podemos entender que o estado democrático de direito é o modelo de estado, que veio com a Constituição Federal de 1988, com a finalidade de tentar tornar a sociedade brasileira a mais organizada possível, subordinando os cidadãos a esta Constituição e tornando-a um meio para se buscar o alcance da igualdade e a organização dentro da própria sociedade.

Este estado democrático de direito é caracterizado pela democracia, onde o cidadão é o legítimo titular do poder, embora o exerça por representantes, o que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, direta ou de forma representativa, com eleições periódicas, voto popular, bem como, o respeito aos direitos e garantias fundamentais pelas autoridades públicas. O denominado 'princípio democrático' está proclamado no *caput* do artigo 1º e, em seu parágrafo único, que afirma: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

A teorização do estado democrático de direito, parte de duas ideias básicas: **o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo**. O direito é o direito interno do Estado e o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado³⁵. O Estado Constitucional molda-se pelos conceitos de direito fundamental, democracia, estado de direito, primazia do direito e distribuição de competências e poderes do Estado, formulando sua imagem integral³⁶. O estado democrático de direito, como forma de racionalização e generalização do

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 231.

³⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 305.

político das sociedades modernas, sendo a política o campo das decisões obrigatórias, que tem como objetivo o estabelecimento e a conservação da ordem, da paz, segurança e justiça na sociedade, devendo ser analisado ao pé da letra, pois, pressupõe uma pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo constitucional ocidental³⁷.

CONCLUSÃO

Como vimos, portanto, a Constituição, em seu papel de norma definidora e limitadora do poder, necessita de permanência. Por outro lado, deve manter-se em compasso com a realidade social, sob pena de converter-se em um documento anacrônico e desconectado.

Para assegurar a sua correspondência à realidade, tanto quanto processos formais de alteração do seu texto, faz-se necessária a constante alteração do seu sentido, por meio de processos informais, genericamente designados como mutação constitucional.

A mutação constitucional, no entanto, não pode ser pensada como algo imune a limites e controles. E, tais controles devem se prestar, em especial, à preservação do mínimo de segurança jurídica imprescindível à vida em sociedade.

A segurança jurídica presta-se a assegurar alguma previsibilidade às relações humanas em sua dimensão jurídica. Nesse sentido, conclui-se, a mutação constitucional, vista sob uma ótica de preservação de um mínimo de segurança jurídica, é instituto indispensável para a realização da democracia constitucional, resolvendo, por meio de processos informais de atualização do texto, o tensionamento entre a rigidez constitucional e os anseios democráticos.

³⁷ SOARES, 2001, p. 201.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia Constitucional: um paradoxo? Um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, Habermas e Derrida. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-constitucional-2/>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La lei del más débil. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FIGUEIREDO, Rachel. O conceito de Constituição: análise comparativa das ideias de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.

FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115 (jul./set. 1992).

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional, 2003.

NETO, Alfredo Copetti. A Democracia Constitucional Sob o Olhar do Garantismo Jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución, tradução de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.



REVISTA
DIREITO

FAE

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985.

COMPLIANCE TRABALHISTA
LABOR COMPLIANCE

Roberta Potzik Soccio KRUPPA¹

Anselmo GONÇALVES²

RESUMO

Atualmente temas relacionados à moral e à ética estão em grande destaque, tanto no cenário internacional como no Brasil, especialmente devido ao grande número de casos de corrupção que vieram ao conhecimento público nos últimos tempos. Nesse contexto o Compliance surgiu como uma importante ferramenta para mitigar os riscos empresariais e para garantir o atendimento às normas legais e ao comportamento ético. Apesar de ter iniciado na esfera do direito penal, o compliance tem uma abrangência multidisciplinar. O presente artigo visa analisar a importância do compliance trabalhista como estratégia para minimizar o passivo trabalhista das empresas. Pode-se afirmar que a utilização das ferramentas de compliance claramente previnem o descumprimento de normas, evitam desavenças, e como

¹ Roberta Potzik Soccio Kruppa, Advogada. Administradora. Especialista em Administração com ênfase em Finanças pela FAE -Centro Universitário. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Santana Pós. E-mail: robertapsoccio@gmail.com.

² Anselmo Gonçalves, Consultor de riscos e compliance no Grupo Boticário. Mestre em Governança e Sustentabilidade pela ISAE/FGV Brasil, especialista em finanças corporativas e bacharel em Administração de Empresas pelas UniBrasil. E-mail: gonalves.anselmo@gmail.com.

consequência previnem ações judiciais trabalhistas. Através da correta utilização de um programa de integridade novas condutas são geradas, as quais proporcionam a regularidade da atividade da organização e o comprometimento de seus colaboradores, gerando segurança jurídica para a empresa na tomada de decisões e no desenvolvimento de suas atividades

PALAVRAS CHAVE: Compliance. Direito do Trabalho. Integridade. Boas práticas. Passivo trabalhista

ABSTRACT

Currently, issues related to morals and ethics are in great prominence, both in the international scenario and in Brazil, especially due to the large number of cases of corruption that have come to public knowledge recently. In this context, Compliance emerged as an important tool to mitigate business risks and to ensure compliance with legal standards and ethical behavior. Despite having started in the sphere of criminal law, compliance has a multidisciplinary scope. This article aims to analyze the importance of labor compliance as a strategy to minimize companies' labor liabilities. It can be said that the use of compliance tools clearly prevents non-compliance with standards, avoids disagreements, and as a consequence prevents labor lawsuits. Through the correct use of an integrity program, new conducts are generated, which provide the regularity of the organization's activity and the commitment of its employees, generating legal security for the company in decision-making and in the development of its activities.

KEYWORDS: Compliance. Labor Law. Integrity. Good habits. Labor liabilities.

INTRODUÇÃO

O termo Compliance está mais presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a vigência da Lei nº 12.846/13, a qual introduziu na legislação pátria a responsabilização civil e administrativa de empresas, fundações e associações no que tange a prejuízos causados ao Erário Público por práticas de seus empregados ou representantes.

De acordo com Felipe Cunha Pinto Rabelo (2018), os programas de compliance já são reconhecidos nos meios jurídico e corporativo, nacional e internacional, como a medida mais eficaz para o combate à corrupção nas empresas e para a efetivação e disseminação de comportamentos éticos.

Muito embora o Compliance se aplique a diversas áreas de relevância para atendimento à normas legais e éticas, o foco do presente artigo será o compliance na esfera do Direito do Trabalho, suas implicações e melhorias que proporciona quando programa é aplicado de forma efetiva.

O compliance trabalhista pretende estabelecer na empresa um programa voltado para a obediência a critérios legais de contratações de funcionários, demissões, relação interpessoal entre funcionários, normas de saúde e segurança do trabalho, terceirização de serviços entre outros. São diversas ferramentas que visam alterar a cultura organizacional da empresa.

Assim, tem-se que cada programa deve atender às especificidades da empresa, ou seja, é personalíssimo. Ao analisar o contexto e o ambiente no qual uma empresa opera, as suas obrigações de conformidade serão determinadas.

O compliance trabalhista vai muito além de seguir as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. Amplia-se para uma gestão empresarial ética e sustentável, de forma a não suprimir nenhum direito trabalhista e criar um ambiente saudável para o trabalhador e, que gere prosperidade para a empresa.

A inércia em adotar programas de conformidade na empresa pode causar prejuízos não só à imagem, como, ainda, refletir em aumento do seu passivo

trabalhista, queda de produtividade e aumento de fiscalização por órgãos governamentais, entre outros riscos. (RABELO, 2018)

O compliance deve ser adotado independente do ramo de atuação e do porte da empresa, para uma correta gestão de pessoas através da adoção dos preceitos, direitos e deveres, individuais e coletivos, normativamente previstos, devendo ser aplicado com o indispensável engajamento dos seus dirigentes e empregados.

A metodologia utilizada para elaboração do presente estudo foi a dedutiva, por meio da revisão bibliográfica de doutrinadores, bem como de artigos específicos no tema em questão, voltados para a área da Administração, do Direito Empresarial e do Direito do Trabalho.

2 COMPLIANCE

O termo Compliance vem sendo usado para descrever os esforços adotados, tanto pela iniciativa privada, como pelo setor público, para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas a suas atividades bem como para observância de princípios de ética e integridade.

O Compliance tem por objetivo a criação e implementação de mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas, e se apresenta como um fator mitigador de riscos e responsabilidades decorrentes de desvios de conduta. Assim, segundo Wagner Giovanini:

No mundo corporativo, Compliance está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização. E, cada vez mais, o Compliance vai além do simples atendimento à legislação, busca consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a

transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas (GIOVANINI, 2014, p. 20)

Especificamente quanto ao Brasil, a utilização do compliance se intensificou a partir da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), a qual prevê a redução das sanções para as empresas que cooperam com as autoridades na apuração das infrações e que estabelecem procedimentos internos de auditoria e fiscalização, viabilizando a denúncia de irregularidades.

Referida lei responsabiliza pessoas jurídicas de forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa. Ainda que os atos de corrupção tenham sido cometidos exclusivamente por empregado ou preposto, sem anuência ou participação direta da empresa, mas em seu benefício, a pessoa jurídica será responsabilizada.

Há o entendimento que a “Lei Anticorrupção” (Lei 12.846/2013) contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira. (JOBIM, 2018, p. 27)

O descumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à imagem e reputação da empresa, especialmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos.

A propósito, a imagem da organização vem sendo cada vez mais considerada como algo inerente e indispensável à sua sustentabilidade, algo que pode levá-la ao sucesso ou ao fracasso, e o compliance vem sendo visto nesse cenário como um dos mais relevantes mecanismos de proteção à imagem e à reputação da organização perante os stakeholders em geral, pois tem o

poder de evitar atos que possam gerar danos, ao melhorar os índices de cumprimento de normas internas e estatais. (ANDRADE, 2017, p. 74)

O compliance envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas

Um programa de Compliance efetivo deve levar em consideração o modelo de negócio da organização e incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Essas medidas devem ter como foco o reconhecimento das falhas e potenciais fragilidades dos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa. (CLAYTON, 2013, p.150)

Portanto, as empresas necessitam cada vez mais desenvolver sistemas internos de controle de seus dirigentes e funcionários para evitar a exposição negativa da empresa.

Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiaram aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas. (MAEDA, 2013, p. 171)

Consoante ensinamento de Rodrigo de Pinho Bertocelli (2019, p.52), o compliance tem o papel de criar um ambiente de negócios que seja justo para todos os participantes e que por consequência proteja o valor das empresas ao criar um ambiente de transparência, evitando que a empresa se envolva em problemas que possam manchar sua reputação e incorrer em multas por violações a leis e

regulamentos. Nota-se, portanto, que o compliance é uma interessante ferramenta a ser utilizada pelas empresas para adequar sua conduta à legislação e para mitigar a responsabilização social.

É importante ressaltar de que quando uma empresa opta por implementar o programa de compliance, este poderá tutelar várias áreas da organização, jurídicas e não jurídicas, (gerenciais) que serão abrangidas pelas políticas da empresa, desde o combate à corrupção até relações interpessoais de seus colaboradores e destes com os stakeholders.

O artigo 41 do Decreto 8420/2015, que regulamenta a Lei 12.846, assim dispõe:

Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira

Desta feita, as ferramentas de compliance, tais como elaboração de códigos de ética e de conduta, avaliação de riscos, auditorias, implementação de canais de denúncia são medidas que podem ser adotadas pela empresa no âmbito trabalhista.

O Instituto de Auditores Internos do Brasil (IIA Brasil) editou uma cartilha intitulada como “As Três Linhas de Defesa”, a qual foi publicada no ano de 2013. O documento apresenta um modelo que visa aumentar a eficácia dos sistemas de riscos, e que pode ser implantando em empresa de qualquer porte. Nesse sentido, apresenta como 1ª linha de defesa a gerência operacional, a 2ª linha de defesa as funções de gerenciamento de risco e conformidade (onde estão inseridas as práticas de compliance) e na 3ª linha estaria a auditoria interna, que deve revisar as atividades

das duas primeiras linhas de defesa e contribuir para seu aprimoramento. Com base em uma avaliação de riscos, as prioridades de cada programa de compliance poderão ser definidas, visando direcionar a maior parte dos esforços e controles internos de gestão nas obrigações que têm os maiores riscos de conformidade. Com base ainda nesta avaliação de riscos, serão definidas as medidas a serem implementadas, bem como métodos e procedimentos para monitorar e avaliar a eficácia dos controles internos implementados.

3 O COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Analisando-se os programas de Compliance, os quais originariamente foram destinados ao combate à corrupção, as empresas perceberam os significativos benefícios proporcionados, que permitem a detecção de riscos em áreas com alto potencial de dano, mesmo as que não são causadas por condutas ilícitas, mas também por equívocos em sua execução.

O Compliance se originou nas relações empresariais, e no Brasil sua aplicação se intensificou após a lei anticorrupção, porém passou a ser utilizado em outras áreas, como no âmbito trabalhista. Nessa seara, o compliance tem como função a criação e implementação de códigos de ética e de padrões de conduta para que sejam cumpridas a legislação e as demais normas do direito do trabalho. Conforme leciona Rosana Kim Jobim:

[...] as empresas são resultado de uma ficção jurídica, cujo principal elemento ainda é expresso não pelo conjunto de bens, mas sim, no ser humano, o qual imprime movimento e exercício às coisas corpóreas e incorpóreas. Logo, considerando que o homem é o cerne das relações de trabalho; considerando que a força de trabalho é fundamental para a realização dos fins da empresa; e, por fim, considerando que o compliance é visto como um comportamento

de empresa, então diz respeito aos empregadores e a cada um de seus empregados, na medida em que o cumprimento das normas internas e externas deve ser por eles observado. Nessa dinâmica empresarial, as ações tomadas pelos agentes da relação de emprego merecem cada vez mais destaque na área de compliance. Isso decorre não somente de comandos externos (legislação civil, penal e trabalhista), mas também de elementos internos diretamente relacionados com os direitos e deveres dos empregadores e empregados, decorrentes do contrato de trabalho (JOBIM, 2018, p. 32)

O compliance trabalhista envolve o estudo dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas nas empresas com o fim de prevenção de descumprimentos de normas trabalhistas (civis e penais). (ANDRADE; FERREIRA, 2017, p. 77)

Desta forma, o compliance trabalhista tem a finalidade de se evitar a responsabilização das empresas no âmbito judicial para que não haja prejuízo à sua imagem e reputação. Para tanto, recomenda-se que seja feita uma auditoria interna permanente para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas na empresa. As ações de prevenção de riscos nas relações de trabalho visam combater práticas antiéticas e ilegais dos empregados e dos empregadores.

Pode ser utilizado para se evitarem ou se minimizarem, em especial (mas não somente): riscos da empresa tomadora de serviços em relações com empresas terceirizadas (ajudando a certificar que as terceirizadas também irão cumprir as normas que devem ser observadas); problemas com assédios moral e sexual, com questões de saúde e de segurança no trabalho, brigas entre funcionários, comportamentos inusitados, punições disciplinares (corretos meios de aplicações de advertências, suspensões e dispensas por justa causa), o uso inadequado da Internet e de e-mails corporativos, a implementação de técnicas de gestão consideradas abusivas pela Justiça do Trabalho e, até mesmo, mais amplamente, para reduzir-se a geração de

passivos trabalhistas mais típicos, como horas extras não registradas e, conseqüentemente, não pagas, desvios ou acúmulos indevidos de funções situações de equiparação salarial, por exemplo. Além disso, como mencionado, evita-se, em especial, o cometimento dos crimes contra a Organização do Trabalho. (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 77)

Os sistemas de compliance são ferramentas que permitem às empresas estabelecer normas de conduta que orientem a prestação dos serviços para a observância das normas trabalhistas na formação, vigência e término do contrato de trabalho.

O compliance trabalhista abrange as condutas discriminatórias, o assédio moral, o assédio processual, a corrupção, as condutas antissindicais e os relacionamentos entre gestores e colaboradores, regulando e fiscalizando o ambiente laboral. (NASCIMENTO, 2017, p. 1)

Inferre-se, portanto, que o compliance, perfeitamente aplicável a área trabalhista, deve envolver todos os funcionários e sócios da empresa, com a possibilidade de utilização de diversas ferramentas para que todos ajam em conformidade com as normas trabalhistas, evitando-se, assim, exposição a riscos.

O objetivo do compliance é promover um ambiente de trabalho saudável, ético, íntegro que respeite os valores intrínsecos do ser humano e que efetivamente busquem o bem da coletividade. Pois, com sua implementação cria-se uma conscientização de integridade, de forma que o que é pregado pela alta direção, é de fato o que se pratica. Dessa forma, trata-se de uma ferramenta voltada ao conceito de responsabilidade social empresarial, a qual pode ser vista como uma forma de gestão empresarial, como resultado da pressão organizada por sociedades políticas e pela legislação que protegem os direitos humanos, preocupada com a melhoria das condições de trabalho e com a preservação de um meio ambiente para as presentes e futuras

gerações, sem perder de vista o foco empresarial é que inovar e ganhar competitividade (JOBIM, 2018, p. 34)

O compliance trabalhista consubstancia-se na adoção de boas práticas, com aplicação correta da legislação trabalhista, dos acordos e convenções coletivas, dos estatutos e códigos internos das empresas. Faz parte de uma nova modalidade de gestão do mercado de trabalho, a qual traz diversos benefícios não só à organização, como também aos empregados, em razão da mudança de cultura, voltada para comportamentos éticos.

Neste cenário é importante compreender que o compliance trabalhista significa avaliar como pode ser compreendido, atualmente, o risco trabalhista. Segundo ensinam Flávio Carvalho Monteiro de Andrade e Isadora Costa Ferreira (2017, p. 78), o conceito de risco trabalhista não se restringe apenas ao passivo trabalhista resultante de uma condenação na Justiça do Trabalho em uma ação trabalhista individual movida por empregados ou ex empregados. Tais condenações representam apenas uma das diversas repercussões negativas decorrentes do descumprimento de normas trabalhistas.

A empresa ainda pode estar sujeita ao pagamento de multas impostas pelas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, podendo inclusive, em casos mais graves, acarretar embargo de atividade se constatado grave e iminente risco ao trabalhador, conforme dispõe o artigo 161 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há ainda a possibilidade de o tomador de serviços, empregador ou grupo econômico trabalhista (que responde de forma solidária) ser alvo de ações judiciais coletivas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (e pelo sindicato profissional), que irão buscar uma sentença judicial que imponha ao empregador uma obrigação de fazer ou de não fazer aquela conduta que poderia eliminar ou gerar o ilícito, além de pagamento de indenização pelo dano causado à coletividade, o chamado dano moral coletivo (que não se

confunde com eventuais indenizações pagas individualmente aos empregados em suas respectivas ações trabalhistas). (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 79)

Os mesmos autores também elencam outros fatores que englobam o risco trabalhista, quais sejam, as disposições constantes do Código de Processo Civil que incentivam a utilização de ações coletivas, e o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no art. 976 do referido código, e quem por objetivo a uniformização da jurisprudência sobre determinado assunto. Desta forma, se os problemas trabalhistas forem repetitivos, poderão ser solucionados de maneira coletiva, o que pode desencadear maiores problemas à empresa, do que condenação em ações trabalhistas individuais. (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 79)

3.1 Aplicações Práticas – Ferramentas de Compliance

Com a consolidação do compliance no Brasil, verificou-se que suas práticas podem ser adotadas em qualquer área, inclusive na esfera trabalhista.

A instituição de um programa de compliance trabalhista também deve iniciar com a análise de riscos do negócio, fato este que auxilia as organizações a definirem quais ações devem ser tomadas de acordo com a sua realidade e posição de mercado.

No planejamento estratégico, bem como na tomada de decisão, deve ser considerado o processo de gerenciamento de riscos. A administração deve trabalhar para entender o perfil de riscos da organização, que deve estar alinhado com a sua identidade e determinar seu apetite a riscos – ou seja, o nível de risco que está disposta a aceitar. Ao ser integrado ao planejamento estratégico, o gerenciamento de riscos se torna um alicerce para o sistema de compliance, contribuindo para o estabelecimento de processos alinhados e compromissos de curto e longo prazo documentados. (IBGC, 2017)

Desse modo, cabe à organização avaliar cada risco e como reduzi-lo a fim de garantir uma operação segura através da adoção de normas e procedimentos que valorizem e promovam conduta adequada, de acordo com a legislação e com padrões éticos, devendo tais normativas serem incorporadas à cultura organizacional.

Conforme já exposto, não existe uma fórmula exata a ser seguida quando da implementação de um programa de compliance, haja vista que este deve ater-se as especificidades de cada empresa. Contudo, alguns instrumentos devem ser utilizados neste processo, como a criação de um Código de Conduta, a Comunicação, o Treinamento e os Canais de Denúncia.

Após realizar mapeamento das principais áreas de riscos, o setor da empresa responsável pela área de compliance deverá desenvolver regras, controles e procedimentos objetivando minimizar a possibilidade de ocorrência de práticas de condutas ilícitas ou inadequadas pelos colaboradores. Tais práticas são alicerçados pelo Código de Conduta contendo os valores, princípios e procedimentos da empresa, que deverá ter uma linguagem simples, clara e inequívoca, sendo de fácil acesso e compreensão por todos os níveis de empregados a quem se destinem. (MAEDA, 2013, p. 46)

Ressalta-se, ainda que: a) a elaboração dos códigos de ética deve dar-se internamente, ou seja, no âmbito da própria organização e de preferência com a participação das pessoas envolvidas no processo, tais como empregados, clientes e sócios, expressando sua cultura e clima organizacional (por este viés, entende-se que quando há participação ativa de todas as pessoas envolvidas no processo há um indicativo de maior adesão); b) os códigos de ética não são exaustivos e nem poderiam ser, na medida em que é impossível prever todas as situações, todavia, independentemente de seu conteúdo, sua eficácia depende de seu desenvolvimento e atualização, bem como do

monitoramento do seu cumprimento e da tomada de medidas sancionatórias em caso de desconformidade. (JOBIM, 2018, p. 63)

O Código de Conduta deve refletir a cultura da organização e apresentar de forma clara os princípios em que empresa está alicerçada, apresentando caminhos para eventuais denúncias sobre eventuais inconformidades. Sua adoção pela empresa enseja a harmonização no meio ambiente de trabalho, tendo em vista a imposição de condutas que estejam sempre de acordo com as normas vigentes e que respeitem os princípios e valores assumidos pela organização.

O objetivo de se instituir princípios éticos não pode ser outro senão estabelecer regras sobre procedimentos que empregados devem adotar na execução do contrato de trabalho.

E para dar efetividade ao Código de Conduta é que se faz extremamente necessária sua comunicação, seja por meio de sua disponibilização em sistema de intranet, no site da empresa, ou mesmo alocado em áreas de acesso comum dentro da empresa. Tais princípios adotados pela também devem ser amplamente comunicados a todos os stakeholders, de modo que estes também se adequem à cultura e aos procedimentos da empresa. (CARVALHO; ALMEIDA, 20019, p. 65)

Ainda com fulcro na efetividade do Programa de Compliance, a empresa deve constantemente treinar seus empregados para que estes possam compreender e incorporar os princípios e normativas nele previstos.

O treinamento é considerado um dos principais focos por parte das empresas que visam a implementação de um programa de compliance e, assim como os programas não podem se fixos, devendo se amoldar a cada tipo de empresa, o treinamento também não, pois dependerá, em grande parte, do tipo de trabalho envolvido. (JOBIM, 2018, p. 54)

Importa ressaltar que o treinamento não conseguirá impedir totalmente o cometimento de irregularidades dentro da empresa, mas certamente irá causar óbices às práticas ilícitas, e poderá mitigar a responsabilidade da organização perante autoridades competentes.

Salienta-se que esses treinamentos devem ser realizados periodicamente durante o vínculo contratual, reiterando os objetivos, valores e princípios da empresa, bem como detalhando as condutas que são permitidas ou não no meio ambiente de trabalho e suas possíveis consequências

Os treinamentos referentes aos processos internos da empresa e quanto à conduta ética esperada são imprescindíveis para uma boa organização preventiva de compliance.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/13, trouxe em seu artigo 42, inciso IV, a necessidade de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade”, destacando assim que a noção do treinamento permanente na organização é essencial para o êxito de um programa de compliance.

A outra importante ferramenta do Compliance a ser implantando pelas empresas, e que serve de termômetro acerca do programa de Integridade, são os Canais de Denúncia, também chamados de Linha Ética:

Os canais de denúncia têm por objetivo central a redução de perdas e a educação dos funcionários acerca dos tipos de atividades fraudulentas, permitindo maior identificação dos sinais que indiquem essas atividades, além de clarificar a análise de relatórios de controle. De forma sistemática, as seguintes contribuições podem ser atribuídas aos canais de denúncia: a) tornam a empresa mais protegida contra eventos de fraude e comportamentos antiéticos; b) fornecem transparência aos processos de negócios e às relações entre os diversos agentes da governança; c) inibem desvios de conduta e melhoram o ambiente de trabalho; e d) suportam a

atuação da Auditoria interna com informações relevantes, atualizadas tempestivamente. (JOBIM, 2018, p. 67)

Bento (apud JOBIM, 2018, p. 68) explica sobre a necessidade de proteção do denunciante, acrescentando que a empresa deve proporcionar canais acessíveis e confiáveis para que os funcionários e demais interessados possam fazer as denúncias, proporcionando ao denunciante a proteção contra retaliações, especialmente em caso de improcedência da denúncia. O canal de denúncia deve ainda preservar o sigilo e a identidade e, por fim, gerar um feedback ao denunciante.

O sigilo e o anonimato são de extrema importância para gerar a tranquilidade e a confiança necessária para incentivar que o empregado ou interessado possa fazer a denúncia.

4 COMPLIANCE E GESTÃO DE TERCEIROS

O compliance trabalhista não se limita apenas às condutas da empresa em relação aos seus próprios empregados. Desta forma, para assegurar o respeito às leis trabalhistas e demais normas aplicáveis, bem como a fim de evitar a responsabilização jurídica, é necessária a fiscalização das empresas prestadoras de serviços na hipótese de terceirização.

Adotando-se o atual critério legal, a terceirização, como prestação de serviços a terceiros, é a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (art. 4º-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017).

Com a reforma trabalhista, passou a ser admitida expressamente a terceirização nas atividades-fim das empresas. A nova lei estabelece que a prestação

de serviços a terceiros compreende a transferência de qualquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços.

A empresa contratante não é a empregadora, mas o trabalho realizado pelos terceirizados a beneficia diretamente. Logo, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas. Essa responsabilidade é chamada de subsidiária e ocorrerá apenas na hipótese de a empregadora não honrar com o pagamento dos direitos trabalhistas de seus empregados.

Dessa forma, na tentativa de se evitar posterior responsabilização da tomadora de serviços, é necessário que o sistema de compliance adotado pela empresa tomadora preveja instrumentos para fiscalização das empresas prestadoras de serviços, tais como a exigência de apresentação dos comprovantes de pagamento das verbas trabalhistas aos empregados terceirizados, apresentação de informações financeiras, atestando que terá condições de honrar com as obrigações trabalhistas durante toda a execução do contrato de terceirização.

Quando o empresário transfere a terceiros a execução de parte da sua atividade, deve atuar com bastante diligência, escolhendo criteriosamente empresas que tenham capacidade técnica, econômica e financeira para arcar com os riscos do empreendimento, sob pena de ficar caracterizada a culpa “in contraendo” ou culpa “in eligendo”. Deve também, fiscalizar com rigor o cumprimento do contrato de prestação de serviços e a observância dos direitos trabalhistas dos empregados da contratada, especialmente o cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, para não ver caracterizada, por sua omissão, a culpa “in vigilando”. (OLIVEIRA, 2008, p.398)

Ainda, outro fator importante que pode ser adotado, é verificar se o terceiro possui algum tipo de política, mecanismo ou programa de integridade, mesmo que não esteja totalmente estruturado.

A empresa pode verificar se terceiro possui um código de ética/conduita ou alguma política sobre relacionamento com o poder público. Em caso positivo, infere-se que o terceiro tem a preocupação de conduzir seus negócios de forma lícita e correta, fato este que representa certa redução de risco para a empresa contratante. (PINHEIRO et al. 2019, p. 125)

O ideal é que o processo de due diligence seja renovado periodicamente durante toda a relação comercial com o terceiro, e por isso a relevância de que todo o processo seja devidamente documentado e arquivado para eventual consulta futura. É recomendável ainda que as empresas busquem sempre incluir em seus contratos com terceiros, cláusulas que viabilizem a realização de due diligence.

Em 2018, a Controladoria-Geral da União publicou um Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade em Processos Administrativos de Responsabilização (PAR), no qual recomenda a verificação periódica dos terceiros:

Antes de realizar a contratação de terceiros, é recomendável verificar se a pessoa física ou jurídica possui histórico de atos lesivos contra a administração pública. Caso seja pessoa jurídica, é aconselhável ainda verificar se possui Programa de Integridade que diminua o risco de ocorrência de irregularidades e que esteja de acordo com os princípios éticos da contratante. É recomendável ainda, que seja verificado periodicamente se o terceiro está atuando de forma condizente com o acordado em contrato e se não adota comportamentos contrários aos seus valores ou às leis. (CGU, 2018, p. 49)

Com a adoção de tais medidas, inerentes ao compliance, a empresa minimiza os riscos de vir a responder judicialmente pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa fornecedora de mão de obra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa de compliance tem como finalidade precípua a prevenção dos riscos da atividade empresarial, buscando sua atuação ética e em conformidade com a legislação. Assim, o programa está relacionando com as mais diversas áreas jurídicas e gerenciais. Nesse diapasão, aplicação das ferramentas de compliance na seara trabalhista consubstancia-se em um importante instrumento em para a correta aplicação das normas e princípios trabalhistas, portarias, normas regulamentares, regulamentos, normas internacionais, convenções e acordos coletivos, e para disseminação do comportamento ético dentro das empresas.

Colocando o programa de integridade em prática, com o envolvimento de toda a organização e unindo esforços para a criação de uma cultura que preze por um meio ambiente de trabalho justo e adequado, o resultado será uma maior satisfação pessoal tanto para empregados quanto para empregadores, bem como um crescimento efetivo do número de empresas que cumprem com as normas laborais, eis que as empresas passam a demandar de seus fornecedores o mesmo padrão de integridade.

Quando as normas são espontânea e eficientemente aplicadas e respeitadas por todos, serão reduzidas as inconformidades e, conseqüentemente, serão evitados atos ou fatos que possam gerar prejuízos materiais ou imateriais à instituição.

Por ensejar a correta aplicação das normas, bem como sua fiscalização, por meio da adoção das práticas elencadas no presente texto, o compliance reduz o risco trabalhista, que para além do passivo trabalhista ocasionado por demandas judiciais individuais, inclui uma série de outras medidas de responsabilização da empresa. Essa

responsabilização pode vir a extrapolar a esfera patrimonial e atingir um dos ativos considerados como mais importantes na atualidade, que é a reputação da empresa perante o mercado.

Para minimizar tais riscos, o programa de Compliance trabalhista deve criar mecanismos para a padronização e o controle de condutas tanto por parte do empregador quanto dos trabalhadores, ensejando um ambiente de trabalho transparente e em consonância não só com as normas trabalhistas, mas com os princípios de Direito como um todo, e sempre buscando difundir o comportamento ético dentro das empresas.

Infere-se, portanto, que o foco inicial do compliance é a prevenção do risco trabalhista, mas também deve atuar para detecção e correção das práticas e condutas que estejam em desacordo com o padrão estabelecido.

As ferramentas apresentadas, como criação de um código de conduta, canais de denúncia, a comunicação e os treinamentos em compliance, podem ser implantados em qualquer empresa, independente dos seu porte e ramo de atuação, eis que deve ser adaptado à realidade de cada empresa.

A utilização das ferramentas de compliance, além de prevenirem múltiplos riscos, permitem que as empresas estejam em consonância com todas as normas das quais são obrigadas a seguir, fazendo com que contratem terceiros e colaboradores que se encaixem na missão, visão e valores da empresa, adotando medidas capazes de reestruturar o ambiente de trabalho.

Assim, diferentes estratégias de disseminação deverão ser desenvolvidas pela empresa a fim de reforçar uma cultura organizacional da aplicação efetiva das referidas boas práticas e da observância das normas na condução da atividade laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. **Compliance trabalhista: Compreendendo a Prevenção de Risco trabalhista por Meio de Programa de Integridade**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 331, janeiro, 2017.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Decreto **Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

_____. **Lei ordinária n. 12.846, de 1o de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 19 de Agosto de 2019.

_____. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 19 de Agosto de 2019.

_____. Controladoria-Geral da União. **Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade em Processos Administrativos de Responsabilização (PAR)**. Brasília, 2018.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. **Programas de Compliance: Foco no programa de integridade**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CLAYTON, Mona. **Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente**. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Temas de anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 149-166

CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no direito do trabalho**. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 1, p. 51-58, jan. 2019.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 147-169, jan./jul. 2018.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência da prática**. 1ª ed. Editora independente: São Paulo, 2014.

GONÇALVES, Marcos Fernandes. **Código de Ética nas relações de trabalho**. Disponível em: <<http://www.direitoevirtual.com.br/2015/03/codigo-de-etica-nas-relacoes-de-trabalho.html>> Acesso em 21 d Agosto de 2019.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa** / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). 56 p.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais**. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Temas de anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a_juridicidade_da_lei_anticorruptao_-_inclusao_em_20.02.14.pdf. Acesso em 20 de Agosto de 2019.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Lei Anticorrupção sob a ótica do compliance trabalhista**. Disponível em: <http://www.mascaro.com.br/noticia/noticias_site/lei_anticorruptao_sob_a_otica_do_compliance_trabalhista_artigo_de_sonia_mascaro_nascimento_no_site_do_juseconomico.html> Acesso em 20 de Agosto de 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 4ª Ed., Editora LTr, 2008.

PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Vitor Henrique Aversa. **Due Diligence: Anticorrupção para a contratação de prestadores de serviço e para fusões e aquisições.** In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RABELO, Felipe Cunha Pinto. **A importância do Compliance trabalhista nas empresas.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69188/a-importancia-do-compliance-trabalhista-nas-empresas#_ftnref1. Acesso em 11 de Outubro de 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Compliance e a lei anticorrupção nas empresas.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509944>. Publicado em jan. 2015. Acesso em 18 de julho de 2019.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. **A gestão moderna dos controles internos e o compliance.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5926, 22 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67024>. Acesso em: 13 out. 2019.

**CONTRA DADOS NÃO HÁ ARGUMENTOS: TEORIA PURA DO
DIREITO E JURIMETRIA**

*AGAINST DATA THERE ARE NO ARGUMENTS: PURE THEORY OF
LAW AND JURIMETRY.*

*Antonio Edemir PILATTO¹
Fernando SCHUMAK Melo²*

RESUMO

A incerteza jurídica que emana do judiciário traz diversos problemas para a sociedade, a necessidade do Direito renovar-se, ou melhor, inovar, já deveria ter ocorrido há tempos, entretanto, com as novas tecnologias surgindo, o espaço para novas ideias e aprimoramentos são necessários para manter toda a estrutura funcionando em sintonia com a sociedade.

PALAVRAS CHAVE: Jurimetria. Teoria Pura do Direito. Tecnologia.

¹ Graduando em direito, atualmente no 7º período de direito na FAE Centro Universitário, empresário no ramo dos transportes, pesquisador no Grupo de Pesquisa TecnoLawgia - Direito e Inovação, vinculado a FAE. Representante do corpo discente do campus SJP. no CONSUN da FAE Centro Universitário.

² Graduado em direito pelo Centro Universitário Curitiba em 2006, pós graduado em Processo Civil pela PUC/PR em 2008, Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná, atuante como advogado desde 2007, advogado, Líder do Grupo de Pesquisa TecnoLawgia - Direito e Inovação, e vice líder do Grupo de Estudos em Processo Civil - Segurança Jurídica, ambos vinculados à FAE Centro Universitário, Professor de Processo Civil, Empreendedorismo e Inovação Jurídica, Direito e Políticas Públicas, Oficina de pesquisa empírica em direito e Orientador do Núcleo de Prática Jurídica da FAE - Centro Universitário, membro da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política e da AB2L - Associação Brasileira de Lawtech e Legaltechs.

RESUME

The legal uncertainty that emanates from the judiciary brings several problems to society, the need for the Law to renew itself, or rather, to innovate, should have occurred long ago, however, with new technologies emerging, the space for new ideas and improvements is necessary to keep the entire structure functioning in harmony with society.

KEYWORDS: Jurimetry. Pure Theory of Law. Technology.

INTRODUÇÃO

A tecnologia vai substituir alguns profissionais sim, mas não apenas isso. Vai expurgar os achismos, exorcizar as discricionariedades, domesticar as ponderações, e colocar os valores e os princípios em seus devidos lugares. Os debates acalorados entre doutrinadores em tergiversação, serão congelados pela frieza dos dados. E é bom que seja assim.

Sob o pretexto de ser humana, a ciência jurídica perdeu-se no mar das profundas opiniões, ao mesmo tempo, em que se contentou com a superficialidade dos manuais. As pesquisas no direito, (TCC's, artigos, teses e dissertações), salvo raríssimas exceções, não passam de um exercício de hipertrofia bibliográfica, que nada ou pouco inova às soluções práticas dos problemas jurídicos.

As aulas nas academias, ainda que relutantemente, agora se abrem às metodologias ativas³, reconhecendo a incapacidade do “conteudismo” para formar bons profissionais. Sim, há que se ter paixão pela leitura, pelo debate, pela discussão. Deve-se analisar o caso concreto, claro, suas variáveis, diversidades e mutações.

³ Modelo de ensinamento em que o aluno aprende de forma autônoma para instigar melhor participação nas aulas, contribuindo com absorção do conteúdo mais efetiva.

Deve se considerar o tempo, o espaço, a cultura, mas o Norte deve ser o dado. O admirável, o buscado deve ser a pureza do número, da lógica e da matemática.

Um (1) é sempre um, como dois mais dois são sempre quatro. O direito positivado, este que de fato se aplica, não pode ser um ideal, uma ilusão, isso lhe é nefasto. Não há nada mais concreto que a inutilidade do abstrato.

Do ponto de vista legislativo, a necessidade de concretude, probabilidade e determinismo estatístico se acentua, pois, o que temos atualmente é um jogo de tentativa e erro por parte do legislador. A norma, uma vez promulgada, é largada na selva da vida para fazer-se valer, e só então é que se passa a verificar sua real necessidade, sua viabilidade, sua “*fiscalibilidade*”⁴. Análise que, obviamente deveria ter sido feita antes, por critérios objetivos, lógicos, estatísticos e jurídico-matemáticos.

Do ponto de vista executivo, as políticas públicas que são feitas atualmente a partir de uma ideologia que venceu a eleição razoavelmente mitigada e filtrada pela barganha no parlamento, deveriam ser orientadas por órgãos estatísticos que, independentemente de partidarismos, estabeleceriam programas e projetos de longo prazo. Longo prazo que para um país, deve ser de no mínimo cem anos, pois, querer que uma mesma geração desfrute de melhorias sociais é a mais pura ilusão, e o mais obtuso egoísmo.

E por falar em pureza, à época do surgimento da teoria pura⁵, o raciocínio binário⁶, humano ou não, inexistia naquilo que era impossível perceber com clareza o que ele queria dizer. Com o avanço da tecnologia e a densa nuvem de dados à disposição de todos, podemos hoje estabelecer que a pureza da teoria pura, não vem

⁴ No sentido de Possibilidade de fiscalização, tornar possível e eficaz sua fiscalização.

⁵ Teoria Pura do Direito, livro com segmento filosófico voltado ao Direito criado por Hans Kelsen.

⁶ Pensamento sistemático que escolhe uma polarização sobre algo e a escolha de um anula o outro.

da ausência de participação de outras ciências (psicologia, sociologia, filosofia, religião, etc.) apenas, mas sim da análise empírico-matemática de todas elas.

E isso parece quase óbvio, pois que, não há como se deixar ao arbítrio do falível e corruptível ser humano, (juiz, congressista, prefeito) uma conduta ou outra, que não seja única e exclusivamente a aplicação da norma feita com base em provas concretas oriundas de estudos jurimétricos⁷.

E que não se diga que este texto tenta extirpar as leis minoritárias, inclusivas e promotoras do *welfare state*, bem pelo contrário. O que se diz é que tais leis podem e devem existir quando dados estatísticos e fórmulas matemático-jurídicas exaustivamente testadas justificarem sua existência, por exemplo, se está provado, por dados obtidos em estudos prévios, que as mulheres ganham menos que os homens em cargos idênticos, que se legisle para corrigir esta anomalia. Não há valor nenhum, em tal norma, não há ética, tampouco moral, há apenas um cálculo demonstrando inequivocamente que o salário de H, pelo mesmo trabalho e função, é maior que o de M.

Não podemos mais falar do direito natural⁸, esse que, me atrevo a dizer, nunca existiu, até porque o homem em seu estado de natureza é sua caça e seu caçador, e só respeita o caos e a lei da força. O direito positivo, tal qual está, subvertido pelos valores, crenças, casuísmos e oportunismos, também é inservível à resolução dos problemas da sociedade em nuvem, visto que, como dito, é contaminado pela ganância, interesses individuais e tudo mais, isso obriga os juristas a saírem das caixas em que foram colocados e buscarem novas saídas “criativas” aos atuais desafios.

⁷ No sentido de tomar como base em números de estudos estatísticos.

⁸ Direito Natural, também conhecido como Jusnaturalismo, é uma ideologia que busca basear o Direito em questões de bom senso, razão e equilíbrio.

2 O DIREITO DADO

O divisor de águas da corrente positivista, veio com a escola Kelseniana, que pretendeu tornar o Direito puro, ou seja, sem especulações filosóficas e sociais. Usando a lógica Kantiana, do “ser e dever ser” Kelsen separa as condutas naturais como os fatos corriqueiros, e o positivismo, a norma expressa, o dado, como modelo de conduta a se espelhar, ou seja, o “dever ser”.

A pureza dos dados é a única capaz de evitar e afastar os debates demagógicos, e paixões partidárias, seria ainda capaz, de atenuar o poder até mesmo das maiorias políticas, afinal, contra os dados agiriam de forma mais amena, ou, de fato não agiriam contrariamente, já que não conseguiriam, diante do grande público, justificar suas atitudes.

Ainda sobre Kelsen, o jurista focou seus estudos em uma teoria, que se refere unicamente ao Direito Positivo, não se prendendo dos juízos axiológicos, afastando-se da ideia jusnaturalista, afrontando a metafísica e compreendendo o Direito como uma estrutura normativa. Para ele, naquela época, os fatos sociais, a democracia do direito e até mesmo a justiça não eram fatores determinantes, mas sim, a pureza da norma, sua imperatividade.

Trazendo o debate para dentro do poder judiciário, se nota uma grande preocupação em tornar o direito mais automático, mais estável, menos intuitivo e mais concreto. A busca pela uniformização⁹ da Jurisprudência, pela abolição da divergência se percebe no plano constitucional e infraconstitucional. A EC/45¹⁰, quer pela

⁹ Artigo 926 do CPC

¹⁰ A Emenda Constitucional nº passou a exigir que as questões constitucionais analisadas pela Corte do STF deveriam ser de matéria com repercussão geral, demonstrando que o recurso tem um aspecto nevrálgico para questões políticas, econômicas, jurídicas ou sociais, ou seja, que vão além de questões que afetam somente as partes.

positivação do princípio da duração razoável, ou pela criação do CNJ, deu o impulso que faltava à busca por uma justiça mais objetiva, menos divergente, e, mais eficiente.

A Lei do Processo eletrônico¹¹, que viabilizou a digitalização dos feitos, do mesmo modo permitiu que uma infinidade de dados e informações, tanto jurídicas como administrativas, antes restritas aos autos dos processos e às partes, fossem acessados por uma grande coletividade. O anuário Justiça em números, trouxe, ainda que de modo não totalmente satisfatório, a tabulação dos dados do Judiciário, o que nos permite analisá-los e confrontá-los com os gastos e demais recursos alocados, a modo de verificar a eficiência das instituições judiciais, tribunais e instâncias iniciais.

O direito digital¹², ou direito Dado¹³, nada tem a ver com a digitalização dos processos, ou automatização dos procedimentos dos cartórios¹⁴, mas sim com a virtualização das condutas humanas, e, principalmente, com a vinculação total das Leis, seja, em sua criação e/ou aplicação, aos dados estatísticos. E, ao aplicar a estatística ao direito, temos o que se convencionou chamar de Jurimetria. A interpretação jurídica¹⁵, a ser feita pelos magistrados e pelos tribunais, não se dará com base na doutrina, ou em decisões pretéritas, contaminadas pelas opiniões dos juristas do tempo da ciência não empírica, ousado dizer, dos “*terraplanistas*”, mas sim com base na estatística aprioristicamente produzida pelos jurimetristas.

O que haverá, inevitavelmente, é um debate e embate entre jurimetristas e jurimetrias, pois, em um ambiente democrático, amplo e diverso, é inconcebível

¹¹ Lei nº 11.419/06 – O principal objetivo da lei foi trazer “informatização aos processos judiciais”.

¹² Conceito de direito digital, direito eletrônico,

¹³ Dado no sentido de dado estatístico, e no sentido também da realidade/problema que é dada (empírica e cientificamente constatada) à solução pelo direito, seja legal ou jurisprudencial.

¹⁴ Estes serão totalmente extintos pelas ferramentas tecnológicas, sobretudo as desenvolvidas a partir da tecnologia blockchain.

¹⁵ Apenas para novos casos, ainda não regulamentados, do mesmo modo polêmicos e de repercussão geral serão destinados à análise dos juízos humanos, pois que, as lides diárias serão decididas pelos algoritmos alimentados pelo manancial de dados obtidos pela Jurimetria.

concentrar os estudos jurimétricos em um único grande instituto estatal ou entidade empresarial. Logo, ao invés de divisão doutrinária -- meramente opinativa -- terei uma variação jurimétrica, muito mais saudável e muito mais confiável. Além disso, essa pequena dispersão, ao contrário das imensas divisões e distâncias entre teses doutrinárias, dará ao legislador, intérprete e aplicador da Lei, uma margem de erro exígua, garantindo então o melhor resultado possível.

Outro justo temor que se imagina ter no futuro e que de fato hoje já existe, também de modo compreensível, é que, o estudo dos dados, o método de análise e seus resultados sejam manipulados. Mas o leitor há de convir que, contra a má-fé, melhor ter os dados como arma, do que a teoria. Ademais, os dados a serem pesquisados pelos jurimetristas, além de fiscalizados pelas próprias novas tecnologias -- “*blockchain*”¹⁶, por exemplo, estarão à disposição de todos, acessível a todos pela nuvem e pela web, teoricamente, auditável por todos os interessados.

Claro que, não seria permitida a alteração ou inserção de dados por pessoas sem o devido conhecimento, seja jurídico, filosófico, psicológico etc. cada um, a sua maneira, contribuirá para tornar o Direito Dado mais confiável, dinâmico e acessível a todos. Dessa forma, seja o legislador ao buscar inspiração para o projeto de lei, ou mesmo o magistrado ao aplicar a norma já existente, terão como fundamento, os dados estatísticos legitimados pela lógica, ou seja, verdadeira democracia, e não terão espaço, para discricionariedades, ou ineficiências.

Os fatos sociais que dão origem ao Direito são objeto de estudo da Sociologia Jurídica. Ainda para Hans Kelsen, ao Direito resumia-se tão somente em aplicar as normas existentes, não havendo possibilidade de que um juízo de valor se

¹⁶ Blockchain é uma ferramenta usada em uma rede de computadores interligados entre si, que não dependem de um servidor, esses, programas configuram seu computador pessoal em pequenos servidores de arquivos, e você pode compartilhar mídias sem depender de um servidor central. Tem como principais características, a velocidade de acesso, descentralização dos dados, e segurança no armazenamento.

sobreponha a norma, ou mesmo, como vemos atualmente, que o interesse particular o faça.

Ao resgatarmos o momento da criação da norma, segundo a Teoria Pura do Direito, a mesma não deve ser criada, baseada em juízos de valor, mas sim, juízos de direito, que limitariam a discutir sua validade formal, cabendo ao magistrado a verificação dos requisitos de validade, mas, quanto ao teor, somente a lógica, poderia opinar.

Trazendo o pensamento de Kelsen para atualidade, podemos “linkar” o pensamento do jurista às ferramentas atuais de compilação de dados, dessa forma, teríamos normas criadas completamente livres de contaminações de interesse pessoal, mas totalmente calcadas nas necessidades axiológicas (diferente da teoria original), nesse sentido, seria possível aliar a lógica da necessidade da norma, validada pelo dado, automático e puro.

3 A ESTATÍSTICA COMO FONTE DECISIVA

Aprofundando à essência do tema, um dos grandes objetivos da estatística é apresentar em representações¹⁷ uma determinada área de interesse no qual se encontra desconhecida ou despercebida.

O cenário do Direito atualmente ainda é engessado, não abrindo margem a questões multidisciplinares, causando consequências irreversíveis aos quais são submetidos ao poder da espada¹⁸, ou seja, todos que vivem em sociedade.

O debate é a essência do Direito, o jurista ao se deparar com questões das mais simples para mais complexas, deve usar o conhecimento já adquirido como leis,

¹⁷ Essas representações podem ser por meio de imagens gráficas, números de percentagens, probabilidade, medidas ou qualquer tipo de mensuração conhecida.

¹⁸ Referência a Dama da Justiça que equilibra a balança e a espada.

jurisprudências, doutrinas e sopesar com o caso concreto para melhor enquadramento do “dever ser”.¹⁹ As limitações encontram-se na pessoa que passa a fazer a junção entre o teórico com o prático, pois o subjetivismo impera quando questões de interesse externo influenciam a lide, como é visto escancarado nas decisões da Suprema Corte.

A segurança jurídica se esvai no instante em que a imparcialidade deixa de ser intrínseca à fundamentação, e é colocado no lugar sendo comum e opinião populista, afinal, permitir a inclusão de dados por pessoas comuns, tiraria a credibilidade e colocaria em xeque, a segurança jurídica.

Como descreveu Basu (1998, p. 21-22) em pesquisas sobre a influência das estatísticas nas informações de qualidade; a informação muda a sua opinião, entretanto, o subjetivismo de quem procura e absorve a informação é relativo. Nesse sentido, a apresentação da informação é subjetiva, e para o Direito, isso faz toda a diferença.

Destarte, os juristas aderem às argumentações e provas para criarem fundamentações, ao contrário dos profissionais das áreas exatas, que utilizam a observância de dados para criarem teses.

A junção dos dois campos, como veremos, é nevrálgico para diminuir equívocos, prospectar incertezas, como, por exemplo, a já presente verossimilhança²⁰ desde o antigo Código de Processo Civil de 1973, vejamos:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...).

¹⁹ Base na Teoria Pura do Direito de Kelsen onde distinguia “ser” do “dever ser”.

²⁰ Tendência a ser verdadeiro.

Desse modo, a prova inequívoca pode ser apresentada por meio de estatísticas realizadas com seriedade, a fim de consubstanciar ao que é de direito a quem tem direito a receber, de modo mais cirúrgico, com maestria e rapidez, apagando a realidade da celeridade processual de ser uma lenda folclórica.

Há não muito tempo, recorria-se a doutrina para se decidir sobre as grandes questões, os princípios, os costumes, as fontes do direito. Ocorre que as jurisprudências sempre tomaram contas dos tribunais, nos casos omissos pela lei, mas, no direito contemporâneo, elas passam a prevalecer, inclusive sobre o que é legislado.

Mesmo não sendo uma fonte do Direito, a jurimetria pode ser usada nas decisões como fundamentação, pois como o famoso ditado “contra fatos não há argumentos”, longe das informações “*fake news*”²¹, a coleta de estatísticas sobre um determinado assunto realizado com seriedade, como o IBGE, tem o poder de construir decisões coerentes.

Nesse sentido, como explana Zabala e Silveira (2014 – p.87-101), os estatísticos, na maioria das vezes, não conhecem as questões jurídicas de um caso, da mesma forma que o magistrado ao decidir sobre questões sociais, políticas e econômicas; nem sempre possuem a sensibilidade necessária.

Para Couto e Oliveira (2016 – p. 216), a jurimetria ascenderia por meio de um papel importante em auxiliar o Direito no melhor entendimento do caso, mergulhando nas questões que ensejaram o conflito e o suporte necessário para o Congresso criar, aprovar e rejeitar normas que aproximem da realidade e coerência social; até mesmo, apresentar soluções extrajudiciais.

²¹ Notícia falsa. Circulação de notícias inverídicas.

Esse direcionamento tem suas bases na Teoria da Decisão²², campo da estatística que permite, por meio da coleta de informações pertinentes, ter uma visão ampla de múltiplas consequências e benefícios de um determinado ato.

Para a finalidade da jurimetria nas decisões serem efetivas, como explana Serra (2013), é preciso de uma organização e interesse de todos os juristas para criar um banco de dados confiável, desenvolvido por *softwares* e capazes de associar as informações jurídicas com a de outras matérias.

Não é recente a discussão sobre a insegurança que o judiciário transmite à população, tampouco as ferramentas do Direito têm se apresentado efetivas para uniformizar temas polêmicos.

Um exemplo recente é a grande repercussão sobre a prisão em segunda instância, tema que gerou dúvidas sobre a extensão da interpretação da norma constitucional e infraconstitucional.

Para efeitos ilustrativos, no ano de 2016 em um caso de HC, o Ministro Dias Toffoli votou a favor da prisão em segunda instância, e após esse episódio votou contra todas as outras oportunidades. A diferença ainda é maior quando se vislumbra a votação do Ministro Gilmar Mendes, sendo que, em 2009 votou contra, em três ocasiões no ano de 2016 votou a favor e em 2018 e 2019 contra novamente.

Não é questão do livre convencimento²³, ou de ser livre para mudar a opinião quando a argumentação contrária parece mais justa, a realidade é que a justiça é moldada a pleno gozo e discricionariedade de quem decide o que muda são os interesses de cada julgador.

²² Agrupamento de informações interdisciplinares com um determinado objetivo.

²³ Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, reza que apesar do juiz estar estrito ao entendimento da lei, no caso concreto com base nas provas e argumentos, é possível decidir tomando seus aforismos pessoais.

Conforme assevera Nunes (2016 p. 87), a precariedade de conformidade traz ineficiência e degradação da imagem não só de cada Ministro, mas da Corte como um total, a falta da colegialidade em favor do individualismo sustentado pelo ego e interesses intermináveis, ofusca o direito coletivo e tona cada sessão uma “roleta russa”²⁴.

Para viabilizar um Direito mais próximo da justiça, prenuncia-se a necessidade de aplicar a estatística ao Direito de forma célere e séria, encaminhando novamente as questões jurídicas a uma verdadeira ciência, pois utilizaria pesquisas quantitativas e qualitativas, organização de materiais como planilhas, porcentagens, manipulação de dados etc. (NUNES, 2016 – p. 30).

Desse modo, o objeto da jurimetria é auxiliar e dar suporte nas decisões judiciais, é a busca da exata medida através de dados para aqueles que regulam e concretizam o Direito, ou seja, determinam as relações aplicando a norma legal, onde as alterações ocorrem de acordo com a mudança social, e não a mudança de interesses.

O empirismo voltado para o Direito é, ou deveria ser, o ponto essencial para os elaboradores das normas, pois é através dos anseios da sociedade que a decisão deveria ser tomada.

A abordagem empírica proporciona uma interpretar, entender e aplicar o direito com melhor clareza à realidade de uma parcela social ou para toda uma comunidade, e avaliar se a norma será eficaz ou não e os motivos.

A aplicação da jurimetria também se mostra relevante para investigações jurídicas, para assim poder projetar ou mensurar a decisão dos juristas. Desse modo, a legitimidade de fato das decisões com todas as questões e princípios que circundam o processo, seria mais bem aplicada e pontual.

²⁴ No sentido que é incerto.

Ademais, esses efeitos “pré-judiciais”²⁵ podem sofrer influências das decisões com o “impacto no sistema” de toda a forma de decidir e o conteúdo das fundamentações, tendo por resultado uma melhor sinergia com órgãos de fiscalização e controle, uniformizando e trazendo sistemas de metas efetivas para o judiciário. (Visser, 2006 – p. 123 - 145).

O empirismo pode ser tanto para melhores decisões jurídicas, aprimoramento na elaboração das leis, mas também serve, como já mencionado, como uma fonte de dados para evolução interna do próprio judiciário, como a estipulação de metas.

Assim, seria possível observar quais tribunais estão ineficientes, verificar os problemas, aperfeiçoar o atendimento dos servidores, ter controle do tempo dos processos e quais os que mais são protocolados em cada instância, concretizar ainda mais os incidentes de demandas repetitivas (IRDC), trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. De 2015.

Nesse sentido ressalta Arnoldi (2010):

A Jurimetria é uma metodologia de estudo do Direito em geral, dentro e fora dos tribunais, capaz de oferecer contribuições relevantes em todas as áreas de especialidade do direito, tanto na pesquisa acadêmica como no exercício privado das profissões jurídicas, incluindo a advocacia.

Por consequência, o engessamento mencionado ao começo do presente artigo, com o tempo é ir cedendo para que novas ideias e novidades sejam implementadas para melhor funcionamento do judiciário.

²⁵ Sentido que influencia indiretamente o direito.

Assim, o empirismo pode trazer uma nova roupagem ao direito, um maior rigor matemático que aperfeiçoem a indução, analogia e dedução, pois as possibilidades seriam imensas, como preconiza Miguel Reale (2002)

Todas as ciências, em suas investigações, não podem deixar de obedecer às regras da lógica, e ganham muito em rigor quando se servem das Matemáticas.

A mutação do Direito por meio de dados empíricos aproxima-se cada vez mais da realidade, uma vez que há alguns anos pouco se falava em processo eletrônico, pilhas e pilhas de processo soterravam as mesas dos cartórios.

A realidade de lá para cá foram principalmente os softwares jurídicos que possibilitaram a integralidade de um processo por meio eletrônico, trazendo diversos benefícios para os operantes do direito.

Seguindo o mesmo caminho, a tecnologia já está presente no âmbito jurisdicional, e para a evolução da utilização racional de tecnologias inovadoras pode ser ainda mais benéfica ao Direito.

Para que não seja mais uma ferramenta falha, os profissionais precisam ter a consciência da importância da manipulação do banco de dados gerado por pesquisas estatísticas, ter capacidade e estar apto a interpretar o sistema. Os estatísticos precisam associar-se ao Direito, entender as falhas dos tribunais e traduzir as dificuldades do jurista para assim, auxiliar em um resultado probado. (Zabala & Silveira, 2014, p. 100).

A jurimetria pode trazer inúmeros benefícios futuros mesmo tratando-se de assuntos passados. Na Carta Magna, consta diversas normas e princípios ineficazes,

ignorados por diversos motivos; seja pela rejeição social, por questões de cultura; tempo, ou seja, pelo motivo de ser tão “maravilhoso”²⁶ que não são levadas a sério.

Como já mencionado, o princípio da celeridade processual está tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional, entretanto, o referido princípio não tem efetividade, os prazos são violados diariamente e para os juristas, virou questão corriqueira. (Haddad, 2010, p. 3930).

Ao contrário do rigoroso positivismo, que não abria margem a normas ineficazes e seguia o *Dura Lex Sed Lex*²⁷, o cenário atual é de normas abertas com várias possibilidades de interpretações diferentes dependendo da região, do juiz e dentre outras influências externas que prejudicam a uniformidade.

Aos mais conservadores, conforme explica Haddad, há o receio pelo novo, pela tecnologia que pode mudar as regras do jogo, entretanto, a jurimetria deve ser vista como um suporte para os operadores do direito, assim como os, IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), IAC (Incidente de Assunção de Competência, súmulas, jurisprudências, dentre outros institutos que auxiliam e que vieram como inovações. (HADDAD, 2010, p. 3931).

Mesmo com todos os recursos, o Direito carece em muitos aspectos, como comenta Amanda (2018 – p. 3):

É inconcebível ao jurista do presente e do futuro advogar pelo “faro”, por tentativa e erro. É inadmissível que o profissional da advocacia leve um cliente à demanda sem mínima noção dos resultados que pode obter. É impossível nos dias atuais, em que se trava batalha diária pela uniformização das decisões e segurança jurídica, responder apenas “depende” ao jurisdicionado, quando na verdade este quer uma resposta concreta e

²⁶ Geralmente normas de eficácia limitada.

²⁷ Expressão em latim cujo significado assemelha-se a “a lei é dura, mas é a lei”.

assertiva sobre como determinada corte vem decidindo demandas como a sua.

O judiciário precisa de inovações para continuar sustentando sua própria rotatividade, e acompanhar as mudanças na sociedade, ainda mais é necessário com a globalização, informações sendo trocadas o tempo todo em questões de segundos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurimetria, finalmente, haverá de dialogar com outras análises empírico-matemáticas, oriundas das ciências sociais, economia, engenharia, estudos empíricos de grupos de pressão, classes profissionais e estudos corporativistas. Nesse diálogo, sob pena de não se tomar nenhuma decisão, os *veto players*²⁸, terão de chegar a um consenso estatístico, ou, votar para obter uma maioria decisória baseada em dados estatísticos sobre o que é melhor para o grupo sem prejudicar outro grupo ou os indivíduos que dele fazem parte.

Neste cenário, as vontades individuais ou grupais, seus recursos, influência, anseios e interesses pessoais serão eliminados – ou no mínimo bastante mitigados - em benefício da clareza dos números.

O Direito necessita de assertividade, de segurança e inovações. A tecnologia, bem como a influência de outros países podem auxiliar, ou ao menos tornar realidade as normas e enxergar com maior clareza o *fumus boni jûris* e implementar, quem sabe, um modelo de *fast track*²⁹.

²⁸ Sujeitos com o poder de decidir, influenciados por uma ideologia de uniformidade.

²⁹ Modelo que permite votações sobre um determinado projeto de lei no qual não se permite alterações. Esse processo auxiliaria na celeridade na votação das leis que estariam mais próximas dos anseios da sociedade atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novas perspectivas para o Direito Concursal Brasileiro com os Estudos Interdisciplinares da Economia e da Estatística. Revista Estudos Jurídicos UNESP, pp. 89-98. Franca, 2010.

BASU, D.; GHOSH, J. K. Statistical information and likelihood: a collection of critical essays. Springer: Verlag, 1988.

BRASIL, Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 26 de jan. 2020.

CAROLINE, C. Amanda. O Fim do “Depende”: Jurimetria dos Processos da 7ª Secretaria Especial Cível de Curitiba/PR entre 2015 e 2017, PAIC 2018. p. 3.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira. 2016. Gestão da Justiça e do Conhecimento: A contribuição da Jurimetria para a Administração da Justiça. Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 43, 2016, p. 771-801.

HADDAD, R. N. A motivação das decisões judiciais e a jurimetria: contribuições possíveis. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3927-3935.

INFOGRAFICOS – Prisão em segunda Instância: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/politica/votacoes-prisao-segunda-instancia-no-stf/>

LUGON, Luiz Carlos De Castro. Ética da administração pública em juízo. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas), p. 136.

NOGUEIRA, J. M. (2011). A ausência do Poder Judiciário enquanto objeto de estudo da administração pública brasileira. Revista Eletrônica Díke, 1(1), 1-17.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

REVISTA DIREITO --- FAE

SERRA, Márcia Milena Pivatto. 2013. Como utilizar elementos da estatística descritiva na Jurimetria. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, v. 10, jun/dez 2013.

VISSER, Johanna. Jurimetrics, safety and security. In: International Review of Law, Computers and Technology, vol. 20, n. 1/2, 2006, pp. 123 - 145.

ZABALA, F. J.; SILVEIRA, F. F. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 1, p. 87-103, jan./abr. 2014.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: Estatística Aplicada ao Direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.16, n. 1, jan./abr.

**DA ESTABILIZAÇÃO DO RISCO LABORAL NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE EMPREGADOR PERANTE O
ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL**

*ANALYSIS OF THE STABILIZATION OF LABOR RISK IN THE CIVIL
RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYER CLUB AGAINST THE
SOCCER PROFESSIONAL ATHLETE*

Thais Poliana de ANDRADE¹

José Lucas de MIRANDA²

RESUMO

O instituto da responsabilidade civil permeia uma grande parte dos demais ramos do Direito, ensejando interessantes debates sobre sua aplicação nas mais diversas searas. Não é diferente no Direito do Trabalho, onde o estudo da responsabilidade civil das partes contratantes – Empregado e Empregador – provoca com frequência os Tribunais pátrios. Delimitando o âmbito da pesquisa, mostra-se extremamente instigante o estudo da figura da responsabilidade civil do empregador no âmbito desportivo. Para tanto, faz-se imperioso aperceber acerca dos desdobramentos possíveis quando um atleta profissional de futebol for lesado, seja no aspecto

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professora do Curso de Direito da FAE – disciplina Direito Processual do Trabalho. Professora de diversos cursos de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Membro da Comissão de Direito Sindical da OAB/PR. E-mail: thais.andrade@fae.edu

² Bacharel em Direito pela FAE. Pós-Graduando em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela EBRADI – Escola Brasileira de Direito.

corpóreo ou mental, perquirindo quais os limites desta responsabilidade, e como ela se desdobra no âmbito processual. Objetiva-se, ainda, refletir sobre quem possui, de fato, o ônus reparatório, com vistas à teoria do risco profissional, e como os Tribunais têm se comportado quando provocados em demandas nas quais se discutam os limites da responsabilidade civil do clube empregador por lesões sofridas por atletas profissionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Teoria do Risco. Contrato de Emprego Desportivo. Atleta Profissional de Futebol.

ABSTRACT

The Civil liability institute permeates a large part of the other branches of law, giving rise to interesting debates about its application in the most diverse fields. It is no different in Labor Law, where the study of the civil liability of the contracting parties - Employee and Employer - frequently evokes the national Courts. By narrowing the scope of the research, the study of the figure of the civil liability of the employer in sports is proving extremely instigating. Therefore, it is imperative to understand about the possible consequences when a professional soccer athlete is injured, either in physical or mental aspects, investigating the limits of this responsibility, and how it unfolds in the procedural sphere. It also aims to reflect on who has, in fact, the reparatory burden in relation to the theory of professional risk, and how the Courts have behaved when provoked in demands in which the limits of the civil liability of the employing club are discussed for injuries suffered by professional athletes.

KEYWORDS: Civil Law. Civil responsibility. Risk Theory. Sports Employment Contract. Soccer Professional Athlete.

INTRODUÇÃO AO LABOR DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

No cenário jurídico-brasileiro, a relação existente entre um atleta profissional de futebol e seu respectivo clube é considerada somente quando presente um **contrato de trabalho**. Contudo, por possuir diversas peculiaridades que a distinguem das relações empregatícias usuais, tornou-se necessária sua regulamentação através de legislação especial.

Atualmente, o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol é regido pela Lei 9.615/98 - também conhecida como Lei Pelé, embora o regramento geral dos direitos trabalhistas - a Consolidação das Leis do Trabalho -, também lhe seja aplicável em caráter subsidiário. Contudo, por se tratar inequivocamente de um contrato de trabalho *sui generis*, invoca-se a legislação celetária apenas quando a lei específica for omissa a respeito, sopesando-se ainda se a disposição subsidiária está em consonância com os ditames e princípios do regramento principal.

Tal especificidade para o tipo de profissão refere-se ao fato de existirem, para tal atividade laboral, peculiaridades que não conversam com a maioria dos mandamentos celetistas, o que fez o legislador entender ser necessária uma designação mais próxima com a realidade laboral do atleta, mais intimamente o atleta profissional do futebol.

Dentre diversos aspectos, destaca-se a jornada de trabalho diferenciada, os períodos de concentração e treinamento. Ademais, o desporto de rendimento, para ser considerado profissional, necessita que o atleta receba remuneração devidamente pactuada em contrato formal com a entidade de prática desportiva que o emprega.

Imperiosa a ressalva de que, mesmo pela observância de lei mais específica reguladora desta espécie de trabalho, nada se altera com relação aos princípios gerais do Direito do Trabalho, os quais permanecem inafastáveis, manifestando-se em suas funções informativa, integrativa e hermenêutica.

Em outras palavras: apesar de seu caráter especial, o contrato de trabalho existente entre o jogador profissional de futebol e o clube empregador deve respeitar os princípios que regem qualquer relação de trabalho.

Sob esta ótica, presencia-se a obediência ao princípio norteador de qualquer relação jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana, imperativo dado pelo art. 1º, III da Constituição Federal, mas também o respeito ao valor social do trabalho (e, corolário deste, a vedação da escravidão, a exclusão do trabalho infantil e da proteção ao trabalho do adolescente); o do valor social da livre iniciativa; da proteção da relação de emprego; da fonte normativa mais favorável ao trabalhador; da proteção ao salário; da proteção ao meio ambiente do trabalho; do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, dentre outros.³

Assenta-se a profissão do futebolista pelo que revela o art. 3º, inciso III da Lei 9.615/98, indicando-se que o desporto de rendimento deve ser *praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.*⁴

Importante ainda esclarecer que esta legislação especial (art. 28-A, §3º da Lei Pelé) veda a contratação de atletas de esportes coletivos – como é o caso do futebol – como autônomos. Portanto, os contratos destes, por mais que a atividade desenvolvida em muitos casos se pareça com uma prestação de serviço com aparente autonomia, extremadamente singularizada e personalíssima, compulsoriamente deverão ser formalizados através do vínculo empregatício entre o clube e o atleta.

³ LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93.

⁴ BRASIL. Lei 9.615/98, de 24 de março de 1998.

Por consequência, ocorre então que o contrato laboral destes atletas é regularmente anotado na CTPS, e que o contraste entre as relações destes profissionais se mostra explicitado pelo texto do art. 28 da Lei Pelé.

Justamente por se tratar de uma relação empregatícia, portanto, eventuais discussões sobre o descumprimento de deveres por alguma das partes encontram-se afeitas à competência material da Justiça do Trabalho, consoante previsão do art. 114 do texto constitucional. Isso não significa dizer, contudo, que as discussões estarão limitadas apenas aos direitos e obrigações previstos na legislação trabalhista.

Temas diversos, muitas vezes regulados pelo Código Civil, podem ser, e efetivamente os são discutidos nos palcos da Justiça Especializada, desde que vinculados às matérias elencadas no mencionado art. 114 do Carta Magna.

Neste contexto, ações trabalhistas movidas por jogadores de futebol em face dos clubes empregadores são comuns na Justiça do Trabalho. Embora em sua maioria tais ações discutam verbas trabalhistas diversas (salários em atrasos, verbas rescisórias), cada vez mais situações novas vêm se apresentando ao Judiciário, desafiando, assim, a aplicação do direito material pertinente.

Dentre tais desafios, observa-se uma crescente discussão sobre os limites da responsabilidade civil do clube empregador nos casos de danos sofridos pelos jogadores de futebol a trabalho ou em razão deste.

Explicando melhor: considerando-se então que o contrato de atleta profissional de futebol encontra-se regulado pela legislação trabalhista, e funda-se em relação jurídica suscetível a gerar discussões sobre eventuais danos sofridos por uma das partes, tem-se observado que há ainda pouca construção doutrinária e jurisprudencial sobre os contornos da responsabilidade civil aplicável no campo laboral do desporto.

Contudo, o liame jurídico entre o jogador e seu clube ultrapassa os limites usuais dos direitos trabalhistas, pois anexo ao contrato de trabalho podem existir

diversos outros contratos, de natureza puramente civil, por exemplo⁵, e que também podem gerar discussões sobre eventual responsabilidade de alguma parte por danos sofridos pela outra.

Todavia, optou-se por delimitar o presente artigo a abordar apenas a responsabilidade civil oriunda do liame empregatício propriamente dito, pois, na prática, podem existir outros contratos de natureza cíveis firmados entre as mesmas partes aqui analisadas, conquanto para outros fins.

O objeto de análise, então, será compreender como o instituto da responsabilidade civil pode ser aplicado, e moldado, nesta relação jurídica tão específica, como é o contrato de trabalho do jogador de futebol, resgatando-se as origens do instituto, suas modalidades e aplicações práticas nos dias atuais.

Na sequência, serão avaliados os principais riscos a que estão expostos os jogadores de futebol, no cumprimento de seu labor, e quais as consequências que podem decorrer de eventuais lesões.

Ao final do estudo será abordado o posicionamento, ainda que por hora insipiente, que os tribunais trabalhistas vêm adotando nas ações judiciais que discutem a responsabilização do clube empregador por danos sofridos pelos atletas, permitindo-se concluir um revisitar deste ponto que vem desafiando os operadores do direito desportivo do trabalho.

2 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil é um dos institutos mais antigos, podendo ser observada ainda na Idade Antiga, no período de Talião. Etimologicamente, o termo

⁵ Discussões sobre direito de uso de imagem, patrocínio etc.

“Responsabilidade” vem do latim *respondere*, que nada mais significa que “receber, prometer em troca”.

Outrossim, mesmo que sua datação seja tão provecta, este instituto jurídico continua a deter importante papel e atuação no campo do Direito, uma vez que todas as relações humanas em sociedade necessitam, ordinariamente, da batuta deste instrumento. Não só, toda vez que a sociedade se reinventa e cria artifícios e novas tendências sociais, eis que estas, juntamente com seus reflexos no campo jurídico, carecem de novo debate sobre a aplicação escoreita da responsabilidade civil acerca daquela atividade – e de certo, com cada vez mais dinâmica. E não é diferente na seara do labor: ao passo que novas formas de trabalho e de emprego surgem, abre-se o campo para a doutrina dissertar sobre a reparação de eventuais danos decorrentes destas relações.

No direito desportivo, onde pede-se licença para cunhar o termo “direito futebolístico”, pela titã relevância do Futebol, seja pelo número de atletas e apreciadores no Brasil e no mundo, a crescente atenção de juristas no tema é estopim para o estudo mais aprofundado sobre os desafios da aplicação da responsabilidade civil nesta seara.

Voltando à origem do instituto, mas já em terras brasileiras, sua disciplina fora consolidada pelo Código Civil de 1916, que teve como característica a forte inspiração no Código Napoleônico de 1804⁶. Após, houve redesenho de seus pilares com a confecção da Carta de 1988, e atualmente está devidamente constituída e presente na nova Codificação Civilista de 2002.

Contemporaneamente, ao que se aplica ao Direito Brasileiro, pode ser entendida, em exprimida síntese, como o instituto jurídico que se objetiva a tutelar a (im)possibilidade de ressarcimento ao dano hipoteticamente causado a alguém, por

⁶ TARTUCE, Flávio. **Coleção Rubens Limongi - Responsabilidade Civil Objetiva e Risco**. Vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10.

aquele que deu causa ao resultado danoso ou que de alguma forma desenvolveu quesitos que ampliaram extraordinariamente as chances de ocorrência do dano que de fato aconteceu.

Sua natureza jurídica é reparatória, ao passo que o aferimento da existência de responsabilização e do grau de responsabilidade do indivíduo causador do dano advém da necessidade social de proteger-se coletiva e individualmente, tanto na seara preventiva quanto ressarcitória de fato.

Para coibir os atos relevantemente indesejáveis na sociedade, quando há a violação ao bem jurídico, o que no direito se entende como atos ilícitos, fora preciso criar deveres, sejam eles positivos (dar ou fazer) ou negativos (não fazer ou tolerar), o que passa-se a chamar, para o que aqui se concerne, de dever jurídico. Sobre tanto, as palavras de Cavalieri Filho⁷:

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Desta forma, a responsabilidade civil subsiste no direito das obrigações, visto que carece de um vínculo entre as partes para que se exsurja o dever de indenizar, reparar. Assim, a obrigação é o dever jurídico originário, primário que, quando violado,

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.16.

cria outro dever jurídico, o de reparar, o que se chama de dever jurídico sucessivo. Este novo dever é onde repousa a responsabilidade.

Acentua-se a frase de Karl Larenz segundo o qual *a responsabilidade é a sombra da obrigação*⁸, pelo júbilo com que conseguiu expressar sobre o vínculo destes dois institutos civilistas. O Código Civil de 2002 já demonstra a distinção entre a obrigação em si da responsabilidade, como se mostra em seu art. 389⁹:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

A obrigação, por sua vez, não deve ser entendida exclusivamente como aquela derivada de contrato, acordo ou qualquer avença consciente entre as partes. Todos os bens jurídicos tutelados respaldam-se na necessidade de fazer ou não fazer algo, o que é o próprio dever jurídico de cada indivíduo, isto é, uma obrigação por si só.

O fator proibitivo sobre determinado indivíduo em dolosamente lesar fisicamente outro sem justo motivo, por exemplo, é justamente uma obrigação de não fazer, como estabelecido na própria legislação penal. Pode-se dizer, noutro momento,

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, apud RODRIGUES, Tayssa Cristine. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/TayssaCristineRodrigues.pdf>. Acesso em 04 nov. 2019.

⁹ BRASIL. Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de jan de 2002.

que o contrato de Estado é que estabelece a maior parte das obrigações humanas enquanto da sua vida em sociedade.

Partindo deste princípio, a responsabilidade é instituto constante em basicamente todas as ações ou omissões humanas que, de alguma forma, podem ser percebidas externamente, pelos demais, se não no mesmo momento que acontece, também quando descoberta.

Por mais que o termo responsabilidade em si não se refira exatamente a um dever, para o estudo jurídico, e principalmente neste aqui proposto, aduz-se ao termo responsabilidade o dever jurídico de alguém que, diante dele, não o fez, ou o lesou, surgindo, então, justamente o dever de indenizar.

Num primeiro momento, a responsabilidade civil pode ser derivada da quebra das estipulações acordadas por meio de um contrato, ao passo que se surge a responsabilidade civil contratual. A referência terminológica desta é autoexplicativa, uma vez que já demonstra que tal modalidade exsurge justamente do estabelecimento prévio de uma concórdia que, uma vez quebrada alguma de suas disposições, deve responder aquele que não a cumpriu, como bem mostra o já abordado art. 389 do Código Civil.

Quando não derivada do contrato, a responsabilidade civil nasce com a ocorrência do ato ilícito, o que se chama de responsabilidade civil extracontratual. É neste mesmo momento que também se nasce o dever de colocar a vítima em situação igual ou idêntica a que estava antes da ocorrência do ato danoso¹⁰. Assim, correto afirmar que, sem a existência do dano, a simples lesão de um direito, por si só, não gera o dever de indenizar¹¹.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil - Vol. Único**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

Por ato ilícito – conduta sem a qual não há que se falar em responsabilidade civil –, Silvio Venosa atesta por ser aquele derivado da vontade do agente, seja de forma direta ou não, e que causam efeitos juridicamente relevantes, conquanto contrários ao ordenamento jurídico¹².

O Código Civil de 2002 decifra o que é ato ilícito em seu art. 186. Neste sentido, para questões civilistas, este somente estará configurado quando existir violação de direito e resultado dano cumulativamente¹³.

Assim, a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana ou extranegocial, com vistas que vinculada à presença da conduta do agente e da culpa em sentido amplo, é aquela tratada de forma genérica pela doutrina meramente como “reponsabilidade civil”¹⁴.

Seu fulcro se encontra acostado no que versa o já abordado art. 186 do Código Civilista, o que apresenta ao ordenamento jurídico pátrio a máxima *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, quer dizer, sempre que haja culpa, não se importa o quão diminuta possa ser, compulsoriamente há de se indenizar.

Para este módulo da responsabilidade, o agente que dá causa ao dano infringe um dever legal, sem que houvesse nenhum vínculo jurídico prévio entre as partes (vítima e agente causador do dano)¹⁵. Nesta seara, então, percebe-se que não há que se falar em terceiros ou em interessados, uma vez que a obrigação é atrelada a um dever jurídico preexistente, porém não positivado.

¹² *Op. Cit.*, VENOSA, Sílvio Salvo. p. 471.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil - Vol. Único**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.51.

¹⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 470.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 9. ed. 2014. São Paulo: Saraiva. p. 44.

A saber, o ato ilícito causador do dano pode fazer surgir o dever consecutivo de indenizar entre quaisquer indivíduos. Por via de regra, a presença de culpa é inerente à responsabilidade, o que incorre em dizer que um indivíduo só possui o ônus indenizatório sem a aferição de sua culpa ser a exceção. Desta forma, é possível entender que a culpa é o elemento principal da teoria da responsabilidade civil subjetiva¹⁶.

O legislador ressaltou que a culpa, ordinariamente, e em seu sentido amplo, deverá ser comprovada para que exista o dever de indenizar. Com sentido amplo, quer-se dizer que não se limita à culpa aquela que se configura pela quebra de um dever de cuidado; como também o dolo, quando há a objetivação consciente do agente em praticar determinada ação e alcançar um resultado, melhormente, produzir seus efeitos (dano).

Desta feita, é preciso aperceber quais são os elementos presentes dentro deste modelo de responsabilidade. Aproveitando-se das lições de Sérgio Cavalieri Filho¹⁷, entende-se que a responsabilidade subjetiva é formada por um elemento formal, que nada mais é do que a violação do dever jurídico por uma conduta do agente; um elemento subjetivo, justamente a presença de dolo ou de culpa *stricto sensu*; e, por fim, o elemento causal-material, que é a relação entre o dano causado e a conduta tomada, também chamada de nexos de causalidade.

A culpa, aqui entendida como *lato sensu*, tanto é aquela que deriva da vontade manifesta do agente em cometer tal ato e objetivar pelo seu resultado, quanto é a quebra do dever de cuidado do agente causador do dano, que pode ser observada através da sua negligência, imprudência ou imperícia, de situação que mesmo

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

¹⁷ *Op. Cit.* CAVALIERI FILHO, Sergio. p. 35.

imprevista sua consequência, é de todo modo previsível. Assim o é para que se afaste a ideia de culpa das situações que o agente não poderia prever o resultado, ou então de situações que são alheias às suas vontades, o que, em tese, exclui a ilicitude. No entendimento de Carvalho de Mendonça, culpa é *omissão de diligência*¹⁸.

Ex posittis, a reponsabilidade civil subjetiva, regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, afere o dever de reparar ou indenizar àquele que, depois de perceber-se sua culpa, mesmo que em sentido amplo, por conta de sua ação ou omissão, constata-se como causador de um dano. Acontece que, dentro desta narrativa, a imprescindibilidade da presença de culpa, a determinados casos, pode gerar um prejuízo a alguém que, dentro daquela situação específica, ficaria sem ser reparada.

Para tal atestado, há que se falar que o Direito, como um todo, não dispõe de aparatos sofisticados o suficiente para aferir a culpa em todos os atos e relações humanos, ao que se pode dizer que é impossível, de fato, perceber a culpa de um agente em determinados acontecimentos.

De todo modo, verdade é que nem todas as análises casuísticas detêm o fenômeno da culpa do agente em seu conteúdo, o que compele ao meio jurídico desenvolver outros meios de proteção social contra eventuais danos: e isto pressupõe da responsabilização de determinado agente que, mesmo sem a constatação de sua culpa, tem, de todo modo, vínculo importante o suficiente para a existência do dano.

O marco inicial para o estudo da imputação de responsabilidade sem a presença da culpa, de forma que a causalidade, noutras palavras, o vínculo entre a conduta do agente causador do dano e o acontecimento danoso, em si, já levariam a ideia de responsabilidade, surgiu com a obra *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle* (O

¹⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 554.

acidente de trabalho e a responsabilidade civil: um exame teórico objetivo da responsabilidade delitual)¹⁹.

Nesta esteira, o direito, em especial o ocidental, volta os olhos para a causalidade e reparação do dano em detrimento à imputação e culpabilidade²⁰. Com isso, o Estado busca por resguardar, cada vez mais, a dignidade da pessoa humana, de forma que se objetiva a encontrar o responsável, não que este seja essencialmente o culpado²¹.

Assim, diferentemente da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade objetiva prescinde do elemento culpa para a sua formação, competindo para a sua configuração tão-somente o elemento formal e o elemento causal-material, na existência de um dano, para surgir-se tal modalidade de responsabilização.

Não há como se falar em responsabilidade civil objetiva, todavia, sem antes explicar a Teoria do Risco, e a razão do risco ser o fator crucial para existência desta parte objetiva da responsabilidade. Neste sentido, **risco** deve ser entendido como uma possibilidade de dano ou malogro, mesmo que de forma potencial, inerente a algumas das relações humanas.

Em outras palavras, o risco está concebido em situações em que a probabilidade de prejuízo é maior do que numa situação “normal”, ou seja, quando se espera que o *status quo* não seja alterado²². Ainda, observa-se as lições de Rubens

¹⁹ Cf. DE MARCHI, Cristiane. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. Revista dos Tribunais, Vol. 964, 2016. p. 4.

²⁰ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.455.

²¹ PELUSO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 894.

²² TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil - Vol. Único**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119.

Limongi França²³, ao explicar risco como *probabilidade de perigo, incerto, mas possível de acontecer, trazendo ameaça de dano a pessoa ou coisa*²⁴.

Há que se ressaltar, todavia, que o risco não se confunde com o caso fortuito e a força maior²⁵: estas duas situações inferem-se a situações completamente alheias a vontade dos envolvidos na relação jurídica em comento, são completamente imprevisíveis ou irresistíveis e, para tanto, não implicam na responsabilidade a suposto causador de dano²⁶

O mandamento do art. 927, parágrafo único do Código Civil, por sua vez, somente se imporá nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁷. Importante que se verse que a responsabilidade objetiva apenas prescinde da culpa, de forma que pode alguém ter o dever de indenizar, por força de lei, mesmo sem ter agido com culpa *lato sensu* para tanto. Por isso, a responsabilidade objetiva é também chamada de responsabilidade legal, justamente pela imperatividade de ser o mandamento da lei.

Assim, o agente com o *munus* indenizatório cumprirá a lei independentemente da culpa, sendo, então, dispensável aferir se este agiu com tanto ou não, já que a relação de causalidade entre a ação e o dano por si só é suficiente²⁸. E é neste ponto que o risco se faz relevante: uma vez que determinada atividade desenvolvida pelo

²³ apud TARTUCE, Op. Cit., p. 118.

²⁴ *Ibid.*, p. 118.

²⁵ Em alguns casos, porém, é possível que o caso fortuito e a força maior não funcionem como se fossem excludentes de ilicitude, como é o caso de ocorrência do que versa os arts. 399 e 583 do Código Civil de 2002, que exprimem situações onde, mesmo na presença de um destes casos, a conduta da parte fora, in casu, indesejada.

²⁶ Orlando Gomes apud TARTUCE, Op. Cit., p.121.

²⁷ BRASIL. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 9. ed. 2014. São Paulo: Saraiva. p. 48.

ser humano cria uma situação pertinente de risco a outrem, cabe a este ator suportar o dever de reparar aquele dano em potencial, caso ele se concretize (*ubi emolumentum, ibi onus*).

Importante, então, ressaltar que a responsabilidade não emerge necessariamente de um ato ilícito (CC, art. 186), visto que mesmo ações lícitas que, por sua natureza, criem a possibilidade de dano, por si só, geram o dever de reparação a quem sofreu o dano, por quem criou tal risco. É o que se entende na exposição feita pelo Risco Criado, como discorre José Affonso Dallegrave Neto²⁹:

Risco criado: nesta teoria a obrigação de indenizar está atrelada ao risco criado por atividades lícitas, contudo perigosas. Quem tem por objeto negocial uma atividade que enseja perigo, deve assumir os riscos à sociedade. [...] A teoria do risco criado diferencia-se da clássica teoria subjetiva da culpa, posto que enquanto esta se funda no desenvolvimento de uma ação ilícita, aquela se perfaz com base no desenvolvimento de uma ação lícita, porém perigosa ou de risco.

É possível extrair então, que a teoria do risco proveito, aliada à atividade laboral de risco, responsabiliza aquele que obtém vantagens ou benefícios (o empregador), por razão dessa atividade, caso esta gere dano a outrem, cabe a ele indenizar, ainda que se tome todo o cuidado para que o dano de fato não se reste acontecido³⁰.

Sob o prisma deste estudo, destaca-se o que chama a doutrina de risco profissional, isto é, quando o dever de indenizar surge pela existência de uma atividade de trabalho que, dada a sua natureza, possui risco característico. Neste

²⁹ DALLEGRAVE Neto, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 95.

³⁰ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 445.

sentido, e em situações normais, o empregador deverá indenizar o empregado sempre que este sofrer um dano derivado da atividade laboral. Com situações normais quer-se dizer que ninguém mais competiu para a existência daquele dano, caso em que, mesmo que não haja culpa do empregador, existe a necessidade de indenizar o empregado lesado.

Elucidativamente, cita-se o pensamento de Serpa Lopes que *nada haver de mais justo do que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão se onerar com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidentes durante o trabalho*³¹.

Isso se deve ao fato de que, dentro dos matizes do direito do trabalho, deve se fazer presente o Princípio da Proteção, do empregado, importando em dizer que, pela busca da igualdade na relação jurídica existente entre empregador e empregado, há de se fortalecer, para tanto, a figura do empregado, tratando os desiguais de forma desigual³², mesmo que em matéria de responsabilidade civil. Para abordar sobre o tema, se faz mister os dizeres de Gagliano e Pamplona Filho³³:

Uma das relações jurídicas mais complexas da sociedade moderna é, sem sobra de qualquer dúvida, a relação de trabalho subordinado. Isso porque não há uma relação com tal 'eletricidade social' no nosso meio, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico reconhece a desigualdade fática entre os sujeitos, em uma situação em que um deles se subordina juridicamente, de forma, absoluta, independentemente da utilização ou não da energia colocada à disposição. Por tal razão, o sistema normativo destina

³¹ SERPA LOPES, apud VEIGA, Mauricio Figueiredo Corrêa da. **Temas Atuais de Direito Desportivo**. São Paulo: LTr. 2015. p. 36.

³² CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 172.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 285.

ao polo hipossuficiente uma proteção maior na relação jurídica de direito material trabalhista, concretizando, no plano ideal, o princípio da isonomia, desigualando os desiguais na medida em que se desigualam. Todavia, a questão se torna ainda mais complexa quando tratamos da aplicação das regras de responsabilidade civil nesse tipo de relação jurídica especializada. Tal 'complexidade agregada' se dá pelo fato de que não é possível aplicar isoladamente as regras de Direito Civil em uma relação de emprego, sem observar a disciplina própria de tais formas de contratação.

É este, então, o ponto de partida para a abordagem sobre a responsabilidade civil nas relações do trabalho. Neste cerne, coadunam-se dispositivos legais diversos, como pilar principal o que estipula a Constituição Federal em seu art. 7º, XXVIII:

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Neste primeiro mandamento, a Carta Maior já aduz ao empregador o estabelecimento de seguro contra acidentes, mesmo sem abordar-se sobre a culpa. A indenização acidentária tratada *in initio* do inciso abordado não se confunde com o dever de ressarcir do direito comum. Dessa forma, entende-se que a indenização acidentária sequer compensa a indenização comum, sendo ambas apartadas e que, a depender da situação, podem ser cumulativas³⁴.

Também é possível perceber o encargo do empregador sobre o risco dentro da Lei Trabalhista. Para tanto, alude-se ao que dispõe o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, sobre o que se entende como a figura do empregador:

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 9. ed. 2014. São Paulo: Saraiva. p. 317.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.³⁵

Sem óbices, também se cita o que o Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil, em sede do Recurso Extraordinário (RE) 828040, com tese reconhecida com repercussão geral (quando o entendimento formado em decisão se aplicará aos casos análogos), mesmo que esta tese ainda não tenha sido definida. Diz o pensamento desenvolvido pelo Excelso Tribunal, ainda que não publicado acórdão, que o trabalhador atuante em atividade de risco, independentemente da comprovação de culpa *lato sensu* do empregador, deverá por este ser indenizado³⁶.

Deste jeito, pensa-se assertivo inferir que, quando o dano fora configurado em razão do risco criado pela atividade laboral, assim entendido como aquele que, se não fosse as peculiaridades do trabalho desempenhado, de certo não teria ocorrido, a responsabilidade civil recaída ao empregador será objetiva.

3 O RISCO LABORAL FUTEBOLÍSTICO

Como já abordado no “Item 1” deste trabalho, a atividade desenvolvida pelo atleta profissional de futebol em muito se difere das atividades laborais ordinárias, seja pelas funções encarregadas, seja pela esquematização remuneratória ou ainda por

³⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452/43, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 01 de mai. de 1943.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidentes de trabalho nas atividades de risco. STF, set. 2019. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422689&caixaBusca=N>>. Acesso em 25 out. 2019.

outros fatores. Dentro deste diapasão, ressalta-se sobre um fenômeno conhecido como hiperssubordinação³⁷:

Além dos treinamentos quase que ininterruptos, a necessidade de adequação de dieta, dos treinos em períodos variados, da preparação física, além de outras alterações que vão até o veto em realizar determinadas atividades, como abstinência sexual ou consumo de drogas, mesmo àquelas lícitas, e mesmo fora do período de serviço, formam parte da rotina extremamente controlada e regrada que os futebolistas profissionais se submetem. § 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;

II - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;

III - acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual;

Como pode se reparar, além do período de confinamento prévio aos jogos, que, mesmo sendo facultativo, é basicamente regra no futebol profissional, ao se ressaltar o brasileiro, o período de concentração poderá ser estipulado em contrato

³⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Dano Praticado por Atleta Profissional, In **Direito do Trabalho Desportivo. Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente as Alterações da Lei n. 12.395/11** – Org. BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Ed. LTr, 2013, p. 176.

como “acréscimos remuneratórios”. Acontece que, de todo modo, o período de concentração pode ser maior do que os três dias, quando for o caso de disposição à entidade de administração do desporto – leia-se convocações para a seleção de seu país – sem que se tenha o direito de se receber mais por isso.

Não só, os horários dos jogos variam entre 11 horas da manhã (início) a situações extremas que podem avançar à meia noite (jogos com início tardio e com possibilidade de prorrogação do tempo regulamentar, interrupções no jogo ou ainda disputa por penalidades). Os jogos, em sua maioria, não se realizam apenas num determinado local, exigindo transportes rotineiros, mesmo para fora do próprio país. Ainda, há a presença da concentração, que, conforme estipula o art. 28, §4º da Lei Pelé, pode chegar a ser de até 3 dias, ainda que passíveis de prolongamento.

Os esportes envolvem, naturalmente, uma carga emocional, bem como uma pressão mental; e uma preparação específica, para lidar com todos estes vetores, como nenhuma outra atividade laboral. Agrava-se, ainda mais, a se pensar naquele que é o esporte mais praticado e assistido do mundo, com cerca de 3,5 bilhões de adeptos espalhados no globo³⁸.

O futebol, que mais se parece com a miscigenação de arte com sentimentos pessoais de tamanha intensidade que, como demonstram estudos, cria um vínculo emotivo entre seus fãs que pode ser comparado ao vínculo familiar no cérebro do torcedor apaixonado por seu time de coração – ou até com outros adeptos do mesmo time, mesmo sequer estes se conhecendo³⁹.

³⁸ MENDES, Maria. **Esportes mais populares do mundo**; Guia Estudo, nov. 2018. Disponível em <<https://www.guiaestudo.com.br/esportes-mais-populares-do-mundo>>. Acesso em 02 nov. 2019.

³⁹ “Participants group belongingness was assessed with the following instruments: (1) the Brazilian version of the Football Supporter Team Identification Scale⁹⁰ (e.g. “I strongly identify with the fans of

Melhor dizendo, o personagem principal deste esporte deve lidar com o peso não só de contentar-se pessoalmente e cumprir suas metas performáticas, como também de satisfazer o sentimento do torcedor daquele time no qual defende. Este mesmo torcedor, em concomitância, é também o consumidor do espetáculo, o principal veículo de recursos para a manutenção da modalidade.

É nesta seara que Rute Cardoso Carvalho realizou proeminente estudo sobre danos psicológicos em decorrência daquelas lesões estritamente físicas⁴⁰:

As lesões desportivas provocam óbvios efeitos danosos no funcionamento físico do atleta, mas também podem trazer efeitos nefastos em vários aspectos do funcionamento psicológico do atleta, prejudicando o seu processo de treino e conseqüentemente o seu desempenho (Bajin, 1982; cit. por Samulski & Azevedo, 2002). A lesão pode ter um impacto adverso nos pensamentos, sentimentos, e ações dos atletas. Relativamente ao pensamento do atleta, a lesão desportiva está associada a uma redução da auto-estima e auto-confiança física, assim como a uma elevada confusão. Do ponto de vista emocional, é natural que os atletas experimentem sentimentos de raiva, depressão (Heredia et al., 2004), confusão, medo e frustração no seguimento de uma lesão (Petitpas & Brewer, 2004). Num estudo de Tracey (2003), atletas universitários referiram sentimentos de raiva, depressão,

my soccer team”); (2) an entitativity measure, which assess how much one perceives a given social group as an entity (e.g. “My soccer team fans have many characteristics in common) ; and (3) a psychological kinship measure, which is the extent to which an individual perceives other group members as family (e.g. “Fans of my soccer team are like family to me”). Detailed descriptions of psychometric measures are provided in SI text.” Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-017-15385-7>. Acesso em: 18, outubro, 2019.

⁴⁰ CARVALHO, Rute Cardoso. **Aspectos Psicológicos das Lesões Desportivas: Prevenção e Tratamento.** Psicologia.com.pt, abr. 2009. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0475.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2019.

medo, confusão, frustração e preocupação aquando da contracção de uma lesão; além disso alguns deles referem que a lesão baixou a sua auto-estima. Mais tarde, quando tomam consciência da lesão, os atletas entram em choque e experimentam sentimentos de incerteza e medo de se tornarem vulneráveis e de perderem a sua independência. Segundo Irwin (1975), citado por Mendo (2002), os jogadores de futebol lesionados são mais reservados do que os não lesionados.

Deste modo, os possíveis danos que podem ser causados ao atleta profissional de futebol beiram a infinitude. De início, o risco de dano mais intrínseco à prática do futebol em alto rendimento se dá certamente pela lesão física, mas se percebe também as lesões psíquicas, as quais muitas vezes podem inclusive estarem afetadas às lesões físicas.

Para tal, consideram-se as lesões físicas, em ordem de ocorrência: contusões (lesão por choque entre jogadores), lesões musculares, torções (agregadas também as lesões ligamentares) e as tendinites. Segundo a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), 72,2% das lesões do futebol profissional ocorreram nos membros inferiores, com destaque para lesões na coxa (34,5%), tornozelo (17,6%) e joelho (11,8%)⁴¹. Eventualmente, pode se fazer presente a lesão em caso de contaminação acidental de doença no exercício da função.

A começar-se por esta situação mais peculiar, diga-se, a contaminação por doença pode acontecer predominantemente quando os jogos do clube situam-se fora do Estado Brasileiro, ou mesmo em áreas onde algumas doenças endêmicas causem risco à integridade física dos jogadores. Diz-se pelas viagens pois, como bem abordado, os jogos *fora de casa* pedem, comumente, um tempo maior à disposição

⁴¹ HOSPITAL ALBERT EINSTEIN. **Quais são as principais lesões no futebol?** Einstein.br, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.einstein.br/noticias/noticia/quais-sao-as-principais-lesoes-no-futebol>>. Acesso em 18 out. 2019.

do empregador, seja pela viagem ou pela concentração. Isto posto, se a contaminação ocorrer durante o período de concentração, v.g., nada mais claro que a equiparação desta enfermidade aos acidentes de trabalho.

Neste sentido, o legislador pátrio teve o cuidado de fazer tal equiparação, no art. 21, III da Lei 8.213/1991⁴²:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

Assim, mesmo que não se possa comprovar que a contaminação tenha se dado efetivamente enquanto estava desempenhando sua função – jogando futebol ou mesmo durante sessões de treinamento –, poder-se-ia argumentar pela conexão do dano (doença) com a atividade desenvolvida, mesmo que em período de prontidão. É o que basta para se discutir sobre o preenchimento das premissas da responsabilidade civil objetiva, pelo risco profissional.

Em frente, a Confederação Brasileira de Futebol produziu um mapeamento das lesões do Campeonato Brasileiro de 2017, conforme levantamento realizado pela Comissão Nacional de Médicos do Futebol. Neste estudo, apresentou-se um total de 327 lesões entre os atletas em 380 jogos, fazendo média de 0,86 lesões por jogo, e

⁴² BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 24 de jul. de 1991.

16 lesões por clube (uma vez que o Brasileirão, como é chamado, é disputado por 20 equipes)⁴³.

Outro ponto que reforça a regularidade das lesões dos futebolistas no exercício da profissão é que em 51% dos jogos do campeonato citado tiveram, ao menos, uma lesão. Para mais, não se debruçou tal levantamento naquelas lesões que ocorrem nos treinos que, mesmo que menos frequentes, também prejudicam jogadores e equipes.

Com relação ao dano relevantemente capaz de ser levado a pleito para uma eventual indenização, destaca-se, primeiramente, as entorses, ocorridas nas articulações do corpo do atleta. Essas lesões comumente estão atreladas às lesões de ligamentos, parciais ou completos, podendo ocorrer no joelho e tornozelo, e que costumam ser as lesões mais gravosas para um jogador de futebol. Dentre os motivos dessa gravidade, está o tempo de recuperação e possibilidade de reincidência da mesma lesão.

A título de elucidação, a depender do grau da ruptura ligamentar, o tempo de recuperação dos atletas tem média de 6 meses⁴⁴, o que, dentro de uma carreira tão curta, e de campeonatos dinâmicos, como o Campeonato Brasileiro, este tempo de afastamento pode gerar perda de cerca de 30 jogos somente num campeonato, como o brasileiro, o que representaria perto dos 79% dos jogos só desta competição⁴⁵.

⁴³ Assessoria da CBF. **Brasileirão: CBF produz Mapeamento de Lesões**. CBF, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.cbf.com.br/futebol-brasileiro/noticias/campeonato-brasileiro-serie-a/brasileirao-cbf-realiza-mapeamento-de-lesoes-2017>>. Acesso em 18 out. 2019.

⁴⁴ Uma lesão do ligamento cruzado anterior, corriqueira no mundo do futebol, exige um tempo médio de recuperação para novamente estar apto ao esporte de 6 a 9 meses. ROMA, Denison. **Joelho, músculo, tornozelo: especialista fala sobre o tempo médio de recuperação das lesões do futebol**. Globo Esporte, ago.2018. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/al/noticia/joelho-musculo-tornozelo-especialista-fala-sobre-o-tempo-medio-de-recuperacao-das-lesoes-do-futebol.ghtml>>. Acesso em 18 out. 2019.

⁴⁵ Cf. média dos dias entre os jogos do campeonato brasileiro, de 5,94 dias/jogo. CBF. **Campeonato Brasileiro de Futebol - Série A - 2019**. Disponível em: <<https://www.cbf.com.br/futebol-brasileiro/competicoes/campeonato-brasileiro-serie-a/2019>>. Acesso em 18 out. 2019.

Como exemplo, o ex-jogador de futebol Kaká, ídolo do São Paulo Futebol Clube, Associazione Calcio Milan, dentre outros, conviveu com lesões durante quase toda a sua carreira: com os dados do site TransferMarkt⁴⁶, num apanhado desde a temporada 2004/2005, até a sua aposentadoria na temporada 2016/2017, foram levantadas 12 lesões em sua carreira, o que incorreu no afastamento dos gramados por volta dos 406 dias, o que resulta em aproximadamente 1 ano, um mês e 11 dias longe das partidas. Efetivamente, Kaká perdeu, neste interregno, a oportunidade de participar (que se diga, de sequer ser relacionado para uma partida) de 65 jogos, o que resulta em quase dois campeonatos brasileiros inteiros – a soma seria de 76 partidas.

As dores, então, viraram constâncias na carreira do atleta, como se mostra pelo relato feito pelo fisiologista Turíbio Leite de Barros, que acompanhou o atleta durante os períodos mencionados supra. O profissional da saúde chegou a afirmar que o último ano em que Kaká atuou sem sentir dores foi no ano de 2008⁴⁷. Essas dores variavam entre lesões no quadril, joelho, complicações no púbis, dentre outros. É certo que todo atleta de alto rendimento convive com a dor quase que constantemente. Todavia, é de se imaginar as limitações que causam as dores de lesões mais delicadas, como são muitas das demonstradas aqui.

Ademais, o jogador retratou como era o dia-a-dia com os problemas físicos:

Um dia você acorda super bem, fala 'vai dar certo, vou voltar a jogar daqui um tempo'. No dia seguinte, você sente dor e fala assim 'não quero mais isso'.

⁴⁶ TransferMarkt. Disponível em:

<<https://www.transfermarkt.com.br/kaka/verletzungen/spieler/3366>>. Acesso em 03 nov. 2019.

⁴⁷ FRANCESCHINI, Gustavo; CURY, Renato; CALIPO, Thales. **Lesionado desde 2008, Kaká jogou Copa com perna debilitada, revela médico**. UOL, out. 2010. Disponível em:

<<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2010/10/22/lesionado-desde-2008-kaka-jogou-copa-com-perna-debilitada-revela-medico.jhtm>>. Acesso em 03 nov. 2019.

Essa batalha que vai travando todos os dias, de fisioterapia [...], é muito chato⁴⁸

Desta última passagem, também é pontual denotar que os danos sofridos pelo atleta profissional desse esporte não se restringem àqueles meramente físicos, uma vez que a própria convivência com as lesões corporais pode levar o sentimento de dissabor e frustração ao atleta, dentre outras possíveis dentro do desempenho da função. É o que se passa a analisar.

Além daqueles danos de cunho especificamente físicos, ainda podem ser percebidos outros que infligem na *psiqué* do atleta, seja também em apartado, ou ainda por guardar relação com uma lesão prévia de cunho físico.

A saber, o dano em potencial não se restringe em nada àqueles ditos estritamente físicos, uma vez que questões e condições físicas podem acarretar num dano psíquico, ou mesmo ser o fator psicológico unicamente o dano causado. O quadro de depressão entre os jogadores de futebol se mostra em números relevantes, além de outros problemas como o alcoolismo ou o vício em outras drogas.

Sobre tanto, um estudo realizado pelo FIFPRO (Sindicato Internacional dos Jogadores de Futebol), de 2016, feita em 5 países europeus, indicou que 15% dos jogadores ainda em atividade sofrem com sentimento de angústia; 9% ingerem do álcool prejudicialmente, 23% demonstraram distúrbios do sono; e 38% relataram sentimento de ansiedade ou depressão⁴⁹.

⁴⁸ MARQUES, Dassler. **Meio homem, meio máquina. Kaká foi ao topo e sucumbiu após queda física.** Uol, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2017/12/18/meio-homem-meio-maquina-kaka-foi-ao-topo-e-sucumbiu-apos-queda-fisica.htm>>. Acesso em 03 nov. 2019.

⁴⁹ Via O GLOBO. **Um Terço Dos Jogadores De Futebol Sofre De Depressão.** Enigma Psiquiatria Desportiva, mar. 2019. Disponível em: <<http://psiquiatriadesportiva.com.br/site/uncategorized/um-terco-dos-jogadores-de-futebol-sofre-de-depressao.html>>. Acesso em 17 out. 2019.

A título de comparação, a Organização Mundial da Saúde revelou dados em 2018, que uma média de 4,4%, da população mundial sofrem de depressão. Em termos nacionais, mostrou-se que 5,8% da população brasileira sofrem com a doença, enquanto 9,3% apresentam ansiedade, sendo a maior taxa do planeta.

A FIFPRO, em 2014, utilizando da mesma linha de pesquisa e os mesmos jogadores, demonstrou que 37% daqueles jogadores que não reportaram sinais de algum dos transtornos mentais citados naquele ano, relataram sintomas de ansiedade e depressão nos 12 meses seguintes da pesquisa⁵⁰.

Neste mesmo estudo, relatou-se a coadunação entre lesões físicas com as mentais, apontando que jogadores que sofrem 3 (três) ou mais lesões graves durante suas carreiras, possuem de 2 (dois) a 4 (quatro) vezes mais possibilidade de relatarem problemas com sua saúde mental.

Noutro momento, a possibilidade também aumenta quando os jogadores se encontram insatisfeitos com o rumo de suas carreiras. Isso se explica, pois, dado o panorama que envolve uma carreira tão curta e intensa como tal, com prazo médio de 18 anos, onde geralmente se aposenta ao redor dos 34 anos de idade⁵¹, exige do jogador a busca da excelência, não só por sua performance, como também visando seu futuro.

Salienta-se de que a hora da aposentadoria deste atleta, como visto, dificilmente será depois dos 35 anos, há aí um intervalo deveras achatado para a pavimentação de outros meios de subsistência depois de “pendurar as chuteiras”, que deve ser contemplado quando se analisam os vetores característicos desta profissão.

⁵⁰ Football Players Worldwide. **Football Can't Ignore Mental Health Issues**. FIFPRO, out. 2016. Disponível em: <<https://fifpro.org/news/more-support-needed-to-tackle-mental-health-in-football/en/>>. Acesso em 17 out. 2019.

⁵¹ AGRESTA, Marisa Cury; BRANDÃO, Maria Regina Ferreira; BARROS NETO, Turíbio Leite de. Causas e Consequências Físicas e Emocionais do Término de Carreira Esportiva. Revista Brasileira de Medicina no Esporte, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbme/v14n6/a06v14n6.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2019. P. 504.

A depressão, contextualizando a situação com situações dentro do futebol brasileiro, âmago deste estudo, fez-se presente na vida do ex-jogador de futebol, e hoje comentarista do canal pago SporTV, Pedrinho, ídolo do Vasco da Gama, *como demonstrado numa entrevista à FOX Sports, em 2018*⁵²:

Depois da terceira cirurgia no joelho, estava deitado na cama do hotel e achei que meu joelho estava inchado. Liguei para o médico, ele olhou, examinou e disse que estava tudo certo. Mas, para mim não estava bom, mas não era nada. Os exames provavam tudo. Só que eu não estava legal. Passei a me isolar no vestiário, dos meus amigos. O Luxemburgo, que na época era meu técnico, percebeu que eu não estava bem. Ele identificou e me mandou para o psicólogo. Ele mesmo me levou para um psiquiatra. Fui diagnosticado com depressão profunda. Morava sozinho na época. Ia entrar com medicamento forte e tinha um prazo de melhora. De repente, teria até que ser internado. Mas não acreditava que os medicamentos fossem capazes de me fazer parar de chorar.

O testemunho dado pelo jogador só reforça que, além de ser uma doença silenciosa, a depressão é presente no meio futebolístico, principalmente entre os atletas. Outros atletas brasileiros, como Ronaldo Fenômeno (ex-Real Madrid e Seleção Brasileira), Cicinho (ex-São Paulo e Sport), e mais recentemente Nilmar (ex-Internacional e Santos), além do zagueiro inglês Rio Ferdinand, também demonstraram transtornos desta natureza⁵³.

⁵² BOCATTO, Daniel. **Depressão no esporte: cobrança por perfeição e alta expectativa levam profissionais ao limite mental.** Fox Sports, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.foxsports.com.br/news/389148-depressao-no-esporte-cobranca-por-perfeicao-e-alta-expectativa-levam-profissionais-ao-limite-mental>>. Acesso em 17 out. 2019.

⁵³ NOGUEIRA, Thiago. **Depressão, o mal do século, passa rasteira em jogadores de futebol.** Super.FC, out. 2017. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/superfc/depressao-o-mal-do-seculo-passa-rasteira-em-jogadores-de-futebol-1.1536658>>. Acesso em 17 out. 2019.

Ademais, é possível perceber que tais transtornos podem ter relação direta com os próprios problemas de lesão física, como já citado, além dos componentes psíquicos peculiares à profissão, como é possível extrair das lições do psicólogo do esporte e Doutor pelo laboratório de Psicossociologia do Esporte da USP, João Ricardo Cozac⁵⁴:

A dificuldade em lidar com resultados, pressão e expectativa, são aspectos que acabam minando os atletas ao longo do tempo. Pelo fato de muitos não terem uma estrutura psicossocial, ficam mais propícios a serem mais carentes e fragilidade nesse universo. Sem dúvida, as pressões são muito intensas. Muitos também não vivem a fase de pré-adolescência de forma natural.

Outro ponto importante a se reportar, é que o ex-jogador entrevistado não exprime exatamente a realidade, no ponto de vista social, da maioria dos jogadores brasileiros: a média salarial do jogador de futebol brasileiro é de R\$ 3.653,00 mensais, segundo levantamento feito pela Folha de São Paulo, no ano de 2016⁵⁵.

Segundo o mesmo levantamento, apenas 3% dos jogadores profissionais possuem rendimentos superiores a R\$ 51 mil por mês; enquanto a média salarial destes atletas em estados como o Maranhão e Sergipe sequer ultrapassava os R\$ 1 mil (um mil reais).

⁵⁴ BOCATTO, Daniel. **Depressão no esporte: cobrança por perfeição e alta expectativa levam profissionais ao limite mental.** Fox Sports, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.foxsports.com.br/news/389148-depressao-no-esporte-cobranca-por-perfeicao-e-alta-expectativa-levam-profissionais-ao-limite-mental>>. Acesso em 17 out. 2019.

⁵⁵ SABINO, Alex. **Jogador brasileiro ganha quatro salários mínimos por mês em média.** Folha de São Paulo, mai. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2018/05/jogador-brasileiro-ganha-quatro-salarios-minimos-por-mes-em-media.shtml>>. Acesso em 17 out. 2019.

Considerado o compêndio dissertado, além de possuir nascentes das mais díspares, aquilo que pode infligir algum bem corpóreo ou incorpóreo, seja do patrimônio real ou ideal da pessoa humana, quer dizer, o dano potencialmente sofrível por um jogador de futebol possui consigo presença frequente dentro da carreira desses profissionais, o que estabiliza-o dentro da atividade laboral, inafastável, assim, sua consideração quando em demandas que cotejem materialmente assuntos pertinentes à prática da profissão.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE EMPREGADOR

Uma vez analisados os principais danos potencialmente ocorríveis aos jogadores de futebol, cumpre ainda fazer exame da possibilidade de o clube empregador ser responsabilizado pela reparação destes.

Concisamente, entende-se que está presente a figura da Responsabilidade Civil Objetiva quando, confirmado o dano e o nexo de causalidade entre a ação do ator (mesmo que indiretamente) e o dano causado, já se há o perfazimento dos requisitos para o dever de indenizar.

Neste trilhar, a Responsabilidade Civil Objetiva tem esteio na Teoria do Risco, que assevera que dentro de determinada situação ou atividade, que dada a sua natureza, produza riscos, isto é, aumente a chance de gerar danos a outrem, o ente que gerou o risco, e caso o dano se concretize em decorrência da existência desta ameaça prévia, deverá indenizar a vítima (aquele que sofreu o dano), mesmo que não haja a presença de culpa do indivíduo que deu ensejo ao risco.

Adiante, pode se verificar a presença de riscos dentro de atividades laborais, já que o desenvolvimento de algumas funções específicas no âmbito do trabalho traz nelas imbuídas a probabilidade de danos, sejam eles de cunho físico ou psíquico.

Assim, e pelo que traz o art. 2º da CLT, juntamente com o art. 927 do CC, poder-se-ia argumentar que o empregador seria responsável por indenizar e/ou reparar o dano sofrido por seu empregado, sempre que o dano seja causado desinente ao risco criado pela atividade proposta pelo empregador.

Avançando nessa premissa, pode-se supor que o risco laboral se conecta perfeitamente com a Teoria do Risco Proveito, na medida em que, se há exploração econômica em cima do trabalho desenvolvido pelo seu obreiro, fica o empregador também com o múnus indenizatório – *ubi emolumentum, ibi onus*.

Na prática, os danos eventualmente causados ao atleta de futebol se envolvem majoritariamente com o que se conhece como acidente de trabalho. Explica melhor sobre o assunto o art. 19 da Lei 8.213/1991⁵⁶:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Com efeito, colaciona-se também as lições de Antônio Lago Júnior⁵⁷:

[...] acidente do trabalho é aquele acontecimento mórbido, relacionado diretamente com o trabalho, capaz de determinar a morte do obreiro ou a perda total ou parcial, seja por um determinado período de tempo, seja definitiva, da capacidade para o trabalho. Integram, pois, o conceito jurídico de acidente do trabalho: a) a perda ou redução da capacidade laborativa; b) o fato lesivo à saúde, seja física ou mental do trabalhador; c) o nexó etiológico

⁵⁶ BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991.

⁵⁷ LAGO Junior, Antônio apud GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil. p. 330.

entre o trabalho desenvolvido e o acidente, e entre este último e a perda ou redução da capacidade laborativa.

Desta feita, as lesões somente existentes em razão dos riscos da própria atividade desenvolvida pelo jogador de futebol profissional poderão ser consideradas como sendo de responsabilidade do seu clube empregador. E mais, pois a responsabilidade do empregador, como diz respeito às normas relativas ao Direito do Trabalho, seria direta⁵⁸.

A responsabilidade direta é aquela em que o indivíduo responde pelos danos que ele mesmo produziu⁵⁹ (aqui cabíveis pela atividade laboral).

Simultaneamente, entretanto, pode estar o clube empregador diante de uma situação que, mesmo sendo sua responsabilidade indenizar independente de culpa, um fato alheio à sua vontade rompa o vínculo de causalidade entre sua atividade e o dano sofrido: quando presentes as excludentes de ilicitude.

No mundo do futebol, estas excludentes podem estar presentes em distintos momentos, e se comprovadas, poderiam afastar, parcial ou totalmente, a responsabilidade do clube empregador.

Cumpra-se gizar que os danos causados ao jogador de futebol pelo desempenho da função extrapolam àquelas físicas, como distensões, contusões, torções ou traumas: a profissão em verso catapultou seus praticantes também a danos de cunho psicológico, dada à grande exposição midiática, regime intenso de treinos e concomitantemente seu envelhecimento precoce⁶⁰ e de isolamento devido à

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil - Vol. Único**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 959.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 272.

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol**. p. 129. Atlas, 2011.

concentração, ou mesmo pela hiperssubordinação na qual os atletas de futebol estão sujeitos.

Assim, não se pode verificar as lesões de cunho psíquico e físico do jogador de futebol, quando no desempenho da função ou em decorrência dela, como alheias às particularidades da profissão, o que implica em dizer que, a possibilidade de dano em virtude de ser o indivíduo jogador de futebol se faz como risco inerente à sua atividade laboral.

Forçoso, *in casu*, citar o trazido pela *I Jornada de Direito Civil*, de 2002, que já abordara sobre, no enunciado 38⁶¹:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Assim, seguindo-se a linha de raciocínio adotada no presente estudo, o clube não poderia eximir-se de reparar o dano sofrido pelo atleta pela explicação de que não teve culpa em sentido amplo na ocorrência da lesão: a sua responsabilidade seria, pelos fundamentos anteriormente expostos, em regra, direta e objetiva.

Desta feita, implica-se em dizer que, como lesões físicas e psicológicas são presentes no perfazimento desta atividade, o risco criado pelo labor é maior do que a do indivíduo “ordinário”, restando ao empregador o dever de indenizar e/ou reparar, caso o risco se concretize em dano.

Mais à frente, de suma importância destacar que as lesões abordadas se comprovam como parte do risco da atividade, através dos números apresentados no

⁶¹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em 29 out. 2019.

Item 3 deste estudo, o que, numa análise prática do labor indicado, elide a possibilidade de afastar a responsabilidade objetiva do empregador, pela teoria do risco profissional. Neste sentido, ainda se reforça o que dita o enunciado 448 da V *Jornada de Direito Civil*, de 2012. *In verbis*⁶²:

448. Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

A aplicabilidade da responsabilidade objetiva aos danos causados durante a atividade profissional em comento, ou mesmo em função dela, encontra-se firmada dentro da Corte Superior do Trabalho, que assim demonstrou no julgamento do Recurso de Revista RR – 393600-47.2007.5.12.0050⁶³. De toda sorte, excetua-se da regra a culpa exclusiva do próprio atleta, ou ameniza-se o *quantum* indenizatório devido em caso de culpa concorrente.

Acontece que a própria Lei Pelé determina que os atletas profissionais estão sujeitos a riscos em virtude da atividade laboral desenvolvida. Este entendimento pode ser depreendido do art. 45 da Lei, que versa sobre o dever do clube empregador na contratação de seguro aos seus jogadores⁶⁴:

⁶² BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em 29 out. 2019.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1 Turma. RR – 393600-47.2007.5.12.0050. Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa. Julgamento em 26 de fevereiro de 2014. Publicado no DJET em 07 mar. 2014.

⁶⁴ Lei 9.615/98, de 24 de março de 1998.

Art. 45. As entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, para os atletas profissionais, **com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos.**

(grifos adotados)

Neste caso, em existindo o seguro de vida e acidentes contratado pelo clube ao atleta, o custeio dos 15 primeiros dias de afastamento laboral em razão de acidente de trabalho é de incumbência do próprio clube empregador, e somente depois será de responsabilidade do INSS.

Relevante para o tema a abordagem de Mauricio Corrêa da Veiga⁶⁵:

Na hipótese de ocorrência de acidente de trabalho, o clube é responsável pelo pagamento dos salários do atleta durante os 15 primeiros dias de afastamento e deverá emitir o Comunicado de Acidente de Trabalho (CAT), cabendo ao INSS o pagamento do benefício previdenciário, tendo em vista que os clubes contribuem com o percentual de 5% de sua arrecadação para a autarquia. Nesta hipótese, o contrato de trabalho fica suspenso e haverá a sua prorrogação quando do restabelecimento do atleta.
[...]

Independentemente do benefício previdenciário a ser recebido pelo atleta, quando restar caracterizado o acidente de trabalho, poderá o jogador (ou o seu beneficiário), receber o pagamento do valor assegurado na apólice do seguro efetuado pela empresa.

⁶⁵ VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Responsabilidade civil dos clubes de futebol em casos de acidente de trabalho.** Justiça & Cidadania, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/responsabilidade-civil-clubes-futebol-emcasosde-acidente/>>. Acesso em 31 out. 2019.

Noutro viés, mesmo sendo a “Lei Geral do Desporto”, a Lei 9.615/1998 deixa clara sua inclinação aos problemas relacionados ao futebol, como o próprio apelido já poderia indicar, possível perceber que essa dispense maior esmero sobre as peculiaridades deste esporte com relação aos demais.

Não à toa, o art. 94 – com redação vigente dada pelas alterações da Lei 12.395/2011, que reformou diversos dispositivos da Lei 9.615/1998 – indica com clareza que o seguro mencionado anteriormente não é vinculativo a todas as práticas desportivas a nível profissional, mas que visa a coercitividade ao desporto bretão:

Art. 94. O disposto n^{os} arts. 27, 27-A, 28, 29, 29-A, 30, 39, 43, **45** e n^o § 1^o do art. 41 desta Lei **será obrigatório exclusivamente para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol.**

Parágrafo único. É facultado às demais modalidades desportivas adotar os preceitos constantes dos dispositivos referidos no caput deste artigo.

(grifos aditados)

Retornado ao art. 45, mais precisamente ao que diz o seu §2^o, é possível perceber outro requisito relevante: da responsabilidade subsidiária do ente desportivo em custear as atividades envolvidas na reparação do dano enquanto esta não for feita pela seguradora. Esta determinação também levanta outros desdobramentos fático-jurídicos pertinentes de estudo, sob a ótica de que vários dos clubes de futebol profissional sequer contratam o seguro aos seus atletas.

Neste sentido já julgara o Tribunal Superior do Trabalho, em comento do AIRR - 82-59.2015.5.03.0143 que assim assevera:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. ATLETA PROFISSIONAL. SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO PREVISTO NA LEI Nº 9.615/98 (LEI PELÉ). INDENIZAÇÃO

SUBSTITUTIVA. De acordo com o artigo 45, caput, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), é obrigatória a contratação de seguro de vida e de acidentes pessoais, por parte das entidades de prática desportiva, em favor dos atletas profissionais que lhe prestam serviço, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos. O entendimento desta Corte superior é de que, embora a Lei nº 9.615/98 não traga nenhuma previsão sancionatória em razão da não contratação do seguro, tal contratação visa cobrir os riscos a que os atletas profissionais estão sujeitos em razão de eventuais lesões que, não raras vezes, ocasionam, mesmo após o tratamento, a redução de seu desempenho ou mesmo a impossibilidade deste. Assim, a não contratação implica ilícito passível de indenização, na forma dos artigos 186, 247 e 927 do Código Civil. **Ademais, não há nenhum viés remuneratório na cobertura assecuratória, motivo pelo qual o pagamento de salários no período de recuperação não elide o pagamento da indenização pretendida.**

[...]

Agravo de instrumento desprovido.⁶⁶

Há que se destacar que, através de uma análise prático-jurisprudencial, há relevante probabilidade de o clube empregador não ter contratado o seguro acidentário previsto em lei, o que o faz responder, num dano potencialmente causado, pela reparação deste.

Novamente, a mais alta Corte de Justiça do Trabalho se posicionou sobre o assunto em:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE RESVISTA
– ATLETA PROFISSIONAL – JOGADOR DE FUTEBOL – INDENIZAÇÃO
SUBSTITUTIVA – NÃO CONTRATAÇÃO DO SEGURO DESPORTIVO –
ART. 45 DA LEI 9.615/98.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. AIRR 82.59.2015.5.03.0143. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. **Lex:** Jurisprudência do TST, São Paulo, Publicado no DJ em 27 set. 2019.

Nos termos do art. 45 da Lei nº 9.615/98, as entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de acidentes de trabalho para atletas profissionais a ela vinculados, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos.

Ressalte-se que o art. 45 da Lei nº 9.615/98 não restringe a contratação do seguro obrigatório, e a consequente percepção da indenização, às hipóteses em que a entidade de prática desportiva não efetua o pagamento dos salários devidos ao atleta profissional, ou quando não há quitação das despesas decorrentes do tratamento médico-hospitalar do atleta ou, ainda, quando a incapacidade laborativa do profissional tenha sido parcial e temporária. Ao contrário, o §2º do art. 45, incluído pela Lei nº 12.395/2011, dispõe que, enquanto a seguradora não efetuar o pagamento da indenização mínima legal, a entidade de prática desportiva será responsável pelas despesas médico-hospitalares e medicamentos necessários para o restabelecimento do atleta.

Ademais, ainda que o no art. 45 da Lei nº 9.615/98 não haja previsão de sanção em caso de descumprimento da obrigação pela entidade de prática desportiva, a referida conduta omissiva da empregadora consubstancia ato ilícito, atraindo a incidência do parágrafo único do referido dispositivo de lei, devendo, portanto, o clube reclamado, efetuar o pagamento da indenização mínima ali estipulada, correspondente ao valor anual da remuneração pactuada entre as partes.

[...]

Agravo desprovido.⁶⁷

De mesmo modo, a contratação do seguro obrigatório não exime do empregador o dever de indenizar, em caso de ação civil movida pelo empregado. Isto se deve ao fato de que o seguro, como bem destaca a jurisprudência supra, não

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Ag-AIRR-1504-10.2011.5.03.0111. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em 14 nov. 2018. **Lex:** Jurisprudência do TST, São Paulo, Publicado no DJ em 16 nov. 2018.

possui natureza remuneratória, o que deixaria um hiato entre o dano acidentário (que será reparado, em partes, pelo seguro), aquele dano inicial, imediato, e seu dano contínuo, o que se entende por ser o corolário do primeiro, dada a amplitude da ofensa ao bem jurídico, seja pelo viés material ou extrapatrimonial em que se lesou o atleta.

Ademais, a falta da contratação do seguro obrigatório é fato ensejador de indenização ao atleta, uma vez que está lesado, de pronto, o Princípio Protetivo, deixando o clube empregador aquele profissional continuamente desamparado ao eventual dano que, se configurado, trará responsabilidade ao empregador, em dois momentos paralelos: a reparação do dano derivado da atividade de risco e da indenização por não contratação de seguro de vida obrigatório, cumpridor da parcela emergente prejudicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano que convive em sociedade possui consigo o *animus* da justiça. Não é aceito que um indivíduo que seja lesado não fique, dentro da lei, sem a devida reparação do feito. Neste cotejo, surge um dos institutos mais importantes e antigos do Direito: a Responsabilidade Civil.

A priori, como até hoje o é, a responsabilidade civil apresenta-se toda vez que ocorrido um ato ilícito (art. 186 do Código Civil) e deverá ser acompanhada de culpa, bem como já era na *Lex Aquilia*. Destaca-se também que, dentro da responsabilidade subjetiva, cada um responderia por sua própria culpa.

Todavia, com a evolução dos aparatos jurídicos, percebeu-se a dificuldade na configuração da culpa *in casu*, momento que exurgiu a responsabilidade civil objetiva: aquela que, de acordo com uma premissa já determinada, não há a necessidade da comprovação de culpa, tendo o agente que indenizar sempre que

comprovado o resultado danoso e o nexu causal entre sua ação – mesmo que indiretamente causadora do dano – e o dano.

Isso se entende pelo que se costumou chamar de Teoria do Risco, porquanto quem, por sua atividade normalmente desenvolvida, e em razão dela, criar risco aos direitos de outrem, deverá reparar o dano (art. 927 do Código Civil).

Ao tema proposto, destaca-se o Risco Profissional, que é aquele que se aplica dentro das atuações laborais de um indivíduo, imbuído ele ou não de vínculo empregatício formalizado, e levando-se em conta que aquela atividade laboral a qual se sujeitou expor-lhe-á a alguns riscos ao seu patrimônio, real ou ideal. Sobre tanto, a Consolidação das Leis do Trabalho já descrevera que o empregador será aquele que assume os riscos de sua atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (art. 2º da CLT). Adiante, a evolução legislativa trazida pelo Código Civil de 2002, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva do empregador, com fulcro no art. 927 do Diploma Civil.

Desta feita, a responsabilidade civil objetiva só poderia ser empregada quando o dano sofrido fosse em decorrência de uma atividade que traga riscos; senão a aplicação seria justamente da responsabilidade civil subjetiva, como versa a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVIII.

Circunstancialmente, teve-se a providência de analisar os aspectos fáticos acerca da atividade laboral do atleta profissional de futebol, âmago do presente estudo, analisando-se o que o empirismo do esporte ao longo dos anos denotava, ao que se depreendeu que as lesões, inclusive, poderiam ser tanto de cunho físico (corpóreo) como associado à *psiqué* do atleta (incorpóreo); e que estes danos iniciais, emergentes, poderiam refletir em outros danos posteriores, também dentro dos dois nichos, ou mesmo na reunião de ambos na mesma situação.

Feita a análise, estabilizou-se a amplitude do risco da atividade em comento abrangia – ao passo que sereno o posicionamento de que os casos abordados seriam

acidentes de trabalho típicos –, de forma que restou-se cediço a responsabilidade objetiva do clube empregador, nos danos causados ao seu atleta, desde que, gize-se, não estejam presentes as circunstâncias excludentes de ilicitude, o que quebraria, *in casu*, o nexo causal necessário para a reparação ser por ele devida.

Entende-se, então, por linhas gerais, que aqueles danos que possam ser constatados como sofridos em detrimento da função “atleta profissional de futebol”, dentre outros, os abordados neste trabalho, fazem jus à reparação do clube empregador – mesmo que deva ser vislumbrado o dano sofrido em cada caso, para uma melhor elucidação.

Por fim, resta-se claro que os danos potencialmente sofridos pelo jogador profissional de futebol ultrapassam a barreira física, e que, de todo modo, não se delimitam àquelas de causa “direta”, como uma lesão incidental durante um jogo. Diferentemente, os danos podem ser produto de um processo involutivo, ou degenerativo, que somente vem à tona depois de um período de obscuridade. Mesmo nestes casos, uma vez que os danos são causados, de todo modo, em razão das características especialíssimas do labor em comento, não há como desconsiderá-los do risco profissional.

Desta forma, a nocividade a que tais obreiros estão constantemente expostos não podem ser considerados alheios à profissão, uma vez que tal nocividade compõe a atividade desenvolvida. Por mais que a análise da responsabilidade civil necessariamente ocorra no mérito, doutrinariamente há o dever de se considerar toda a gama de eventuais prejuízos aqui expostos como parte integrante do risco profissional dentro do futebol.

REFERÊNCIAS

AGRESTA, Marisa Cury; BRANDÃO, Maria Regina Ferreira; BARROS NETO, Turíbio Leite de. Causas e Consequências Físicas e Emocionais do Término de Carreira Esportiva. Revista Brasileira de Medicina no Esporte, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbme/v14n6/a06v14n6.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2019.

BOCATTO, Daniel. Depressão no esporte: cobrança por perfeição e alta expectativa levam profissionais ao limite mental. Fox Sports, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.foxsports.com.br/news/389148-depressao-no-esporte-cobranca-por-perfeicao-e-alta-expectativa-levam-profissionais-ao-limite-mental>>. Acesso em 17 out. 2019

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidentes de trabalho nas atividades de risco. STF, set. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422689&caixaBusca=N>>. Acesso em 25 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. RR – 393600-47.2007.5.12.0050. Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa. Julgamento em 26 de fevereiro de 2014. Publicado no DJET em 07 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. AIRR 82.59.2015.5.03.0143. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. **Lex:** Jurisprudência do TST, São Paulo, Publicado no DJ em 27 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Ag-AIRR-1504-10.2011.5.03.0111. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em 14 nov. 2018. **Lex:** Jurisprudência do TST, São Paulo, Publicado no DJ em 16 nov. 2018.

CARVALHO, Rute Cardoso. Aspectos Psicológicos das Lesões Desportivas: Prevenção e Tratamento. *Psicologia.com.pt*, abr. 2009. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0475.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2019.

CARVALHO DE MENDONÇA, apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, apud RODRIGUES, Tayssa Cristine. Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/TayssaCristineRodrigues.pdf>. Acesso em 04 nov. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CBF, Assessoria. Brasileirão: CBF produz Mapeamento de Lesões. CBF, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.cbf.com.br/futebol-brasileiro/noticias/campeonato->

brasileiro-serie-a/brasileirao-cbf-realiza-mapeamento-de-lesoes-2017>. Acesso em 18 out. 2019.

CBF. Campeonato Brasileiro de Futebol - Série A – 2019. Disponível em: <<https://www.cbf.com.br/futebol-brasileiro/competicoes/campeonato-brasileiro-serie-a/2019>>. Acesso em 18 out. 2019.

DALLEGRAVE Neto, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Dano Praticado por Atleta Profissional, In Direito do Trabalho Desportivo. Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente as Alterações da Lei n. 12.395/11 – Org. BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Ed. LTr, 2013.

DE MARCHI, Cristiane. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. Revista dos Tribunais, Vol. 964, 2016.

FRANCESCHINI, Gustavo; CURY, Renato; CALIPO, Thales. Lesionado desde 2008, Kaká jogou Copa com perna debilitada, revela médico. UOL, out. 2010. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2010/10/22/lesionado-desde-2008-kaka-jogou-copa-com-perna-debilitada-revela-medico.jhtm>>. Acesso em 03 nov. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil. 9. ed. 2014. São Paulo: Saraiva.

HOSPITAL ALBERT EINSTEIN. Quais são as principais lesões no futebol? Einstein.br, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.einstein.br/noticias/noticia/quais-sao-as-principais-lesoes-no-futebol>>. Acesso em 18 out. 2019.

LAGO Junior, Antônio apud GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil.

LEITE, Carlos Bezerra. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Dassler. Meio homem, meio máquina. Kaká foi ao topo e sucumbiu após queda física. Uol, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2017/12/18/meio-homem-meio-maquina-kaka-foi-ao-topo-e-sucumbiu-apos-queda-fisica.htm>>. Acesso em 03 nov. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol. p. 129. Atlas, 2011.

MENDES, Maria. **Esportes mais populares do mundo**; Guia Estudo, nov. 2018. Disponível em <<https://www.guiaestudo.com.br/esportes-mais-populares-do-mundo>>. Acesso em 02 nov. 2019.

NOGUEIRA, Thiago. Depressão, o mal do século, passa rasteira em jogadores de futebol. Super.FC, out. 2017. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/superfc/depressao-o-mal-do-seculo-passa-rasteira-em-jogadores-de-futebol-1.1536658>>. Acesso em 17 out. 2019.

O GLOBO. Um Terço Dos Jogadores De Futebol Sofre De Depressão. Enigma Psiquiatria Desportiva, mar. 2019. Disponível em:

<<http://psiquiatriadesportiva.com.br/site/uncategorized/um-terco-dos-jogadores-de-futebol-sofre-de-depressao.html>>. Acesso em 17 out. 2019.

PELUSO, Cezar. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

ROMA, Denison. Joelho, músculo, tornozelo: especialista fala sobre o tempo médio de recuperação das lesões do futebol. Globo Esporte, ago.2018. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/al/noticia/jelho-musculo-tornozelo-especialista-fala-sobre-o-tempo-medio-de-recuperacao-das-lesoes-do-futebol.ghtml>>. Acesso em 18 out. 2019.

SABINO, Alex. Jogador brasileiro ganha quatro salários mínimos por mês em média. Folha de São Paulo, mai. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2018/05/jogador-brasileiro-ganha-quatro-salarios-minimos-por-mes-em-media.shtml>>. Acesso em 17 out. 2019.

SERPA LOPES, apud VEIGA, Mauricio Figueiredo Corrêa da. Temas Atuais de Direito Desportivo. São Paulo: LTr. 2015.

TARTUCE, Flávio. Coleção Rubens Limongi - Responsabilidade Civil Objetiva e Risco. Vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil - Vol. Único. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRANSFERMARKT, Disponível em: <<https://www.transfermarkt.com.br/kaka/verletzungen/spieler/3366>>. Acesso em 03 nov. 2019.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. Responsabilidade civil dos clubes de futebol em casos de acidente de trabalho. *Justiça & Cidadania*, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/responsabilidade-civil-clubes-futebol-em-casos-de-acidente/>>. Acesso em 31 out. 2019.

WORLDWIDE, Football Players. Football Can't Ignore Mental Health Issues. FIFPRO, out. 2016. Disponível em: <<https://fifpro.org/news/more-support-needed-to-tackle-mental-health-in-football/en/>>. Acesso em 17 out. 2019.

**A SUBJETIVIDADE DA CLASSIFICAÇÃO RACIAL E O PROBLEMA
DA FORMALIDADE PROCEDIMENTAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

*THE SUBJECTIVITY OF RACIAL CLASSIFICATION AND THE
PROBLEM OF PROCEDIMENTAL FORMALITY IN AFFIRMATIVE
ACTIONS*

Dalva Ferreira de ARAUJO¹

Evandro Limongi Marques de ABREU²

RESUMO

As ações afirmativas são medidas que visam corrigir a desigualdade racial no Brasil. Tais medidas incorrem na avaliação da veracidade da autoafirmação de raça dos candidatos a vagas de concursos públicos e vestibulares. O objetivo desta pesquisa é discutir o problema da formalidade procedimental em tais casos. O trabalho foi realizado a partir de análise bibliográfica, buscando realizar uma abordagem crítica à formalidade procedimental. Os resultados demonstram que os procedimentos formais, se tomados como único modo de avaliação, podem ocasionar o prejuízo daqueles a que as ações afirmativas mais buscam atender.

¹ Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Unidombosco, cujo programa iniciou em 2015 com conclusão em 2020. Atuou de 2017 a 2019 como estagiária na área de Direito Cível com ênfase em direito imobiliário, atuou como assessora adjunta ao Advogado em audiências instrutórias e conciliatórias, bem como assessorou na supervisão, instrução e treinamentos de estagiários. E-mail: dawwaaraujo@hotmail.com.

² Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica Do Paraná, cujo programa concluiu em 2002. Até 2005 foi Professor Adjunto da mesma instituição. Atua como Advogado especializado e na docência na Faculdade Dom Bosco na área Penal, com ênfase em Direito Processual Penal. Em seu currículo lattes os termos mais frequentes articulados na contextualização da produção científica são: Segurança Pública ou controle Social, Comunidade, Crime, Direitos, Cidade, Psicanálise Lacaniana e Violência. E-mail: evandrolimongi@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas. Raça. Procedimento. Formalidade

ABSTRACT

Affirmative actions are measures that aim to correct racial inequality in Brazil. Such measures are based on the assessment of the veracity of the race's self-assertion of candidates in public tender and university entrance exams. The objective of this research is to discuss the problem of procedural formality in such cases. The work was carried out from a bibliographical analysis, seeking to take a critical approach to formal procedures. The results show that formal procedures, if taken as the only evaluation method, can cause the loss of those to which affirmative actions more seek to attend.

KEYWORDS: Affirmative Actions. Race. Procedure. Formality

INTRODUÇÃO

As ações afirmativas visam corrigir desigualdades históricas no Brasil por meio da oferta de modalidades especiais de concorrência em editais de seleção profissional ou de formação. Dado o grande número de concorrentes para concursos públicos e vestibulares, a fraude nas ações afirmativas se torna um risco com que as instituições têm de lidar.

O objetivo desta pesquisa é discutir os papéis da subjetividade e da formalidade nas comissões julgadoras de raça e cor da pele. Essas comissões surgem com a necessidade de verificação do valor da autoatribuição de cor da pele e raça dados por candidatos as vagas de alta concorrência.

Os temas que o trabalho envolve são: a concepção histórica de raça, a questão antropológica da cor da pele, cor da pele e raça como conceitos relacionais, a raça e sua dimensão ideológica, a ciência a filosofia e sua relação com a ideologia da raça, os procedimentos formais e a manutenção do *status quo*, o apagamento da

desigualdade racial real através de visões jurídicas racionalistas e impessoais, o espaço para a locução e subjetividade do candidato, a atuação humanística da comissão julgadora. As principais contribuições teóricas para a discussão são Vitorelli (2017), representando a visão jurídica formal, e Moreira (2017), Crenshaw (2004), Mello (2001), como contraponto crítico.

Os debates sobre raça e cor da pele, constantes na história brasileira, ganham importância especial na situação das ações afirmativas, em que encaixar-se em determinada gradação racial pode assegurar vantagem em certames. Com isso, a questão da raça se torna motivo de disputa, havendo o risco de os maiores mercedores dos benefícios serem deixados de lado. Justifica-se assim a importância da nossa pesquisa.

O trabalho conta com 4 seções ao todo. A seção 2, seguinte a esta, faz uma revisão histórica e antropológica tocando às concepções de raça no Brasil. A seção 3 aborda o procedimento formal, pondo foco nos problemas que apresenta em contemplar a real dimensão da desigualdade racial no Brasil, e contrastando-a com visões críticas. A seção 4 retoma os pontos estudados sob luz das discussões finais.

2 RAÇA: UM CONFLITO DE SUBJETIVIDADES

Para uma ilustração preliminar do assunto, é interessante trazer Schwarcz (2012), uma antropóloga que analisa as percepções de raça do povo brasileiro. Em entrevista da autora a um dentista negro bem-sucedido, ele declara: "Minha filha, quando eu era negro, minha situação era bem difícil!". Como ocorre essa mudança racial? Schwarcz reflete:

Longe de condenar o nosso dentista, ou rir de sua fala, penso que ela merece reflexão. Ela exprime uma concepção da cor, tal qual experiência social, e das mais sofridas. Ou seja, ter certeza da cor negra é compactuar da

evidência da exclusão social. É ter certeza da discriminação e sofrer, cotidianamente, com ela. Significa ser barrado em certos locais, ter o carro inspecionado, ser obrigado a mostrar documentos com frequência maior que os demais e assim vamos. Portanto, não há nada de engraçado na frase. Há, antes de mais nada, o orgulho da ascensão social e de uma certa superação do preconceito, ao menos a nível individual. (2012, np.)

Por traz do sentido superficial de “raça” o entrevistado empregou uma curiosa rede de valores experienciais, nos quais ser negro é sinônimo de ocupar posição social inferior. O homem teve origem pobre e alçou à carreira de dentista, enfrentando muitos percalços no caminho. Apesar do uso particular da palavra, ela expressa uma percepção coletiva de raça e que pode ser verificada em diversas situações diferentes (SHWARCZ, 2012).

Muitas vezes o que se entende por raça entre um sujeito e outro entra em conflito. No dia 16 de abril de 2018, a Revista Fórum noticiou a morte de Dona Ivone Lara, célebre sambista carioca. A família da cantora indicou a atriz e jornalista Fabiana Cozza para interpretá-la no musical Dona Ivone Lara – um sorriso negro. Apesar da indicação dos familiares e indiferentes a ela, ativistas do Movimento Negro criticaram o fato de que ela, sendo parda, tivesse aceitado atuar em papel de uma mulher negra. A atriz acabou por ceder à pressão e, em carta aberta divulgada na internet, declarou renúncia ao papel: “renuncio por ter dormido negra numa terça-feira e numa quarta, após o anúncio do meu nome como protagonista do musical, acordar ‘branca’ aos olhos de tantos irmãos” (Fabiana Cozza, 2018).

Dada a complexidade das múltiplas concepções contemporâneas de raça e suas implicações, o resgate de alguns elementos históricos se faz importante.

Importa saber o que é raça, e o que abona o uso desta palavra e não de sinônimos não idênticos, como etnia. A etimologia da palavra remonta a *razza*, do italiano. No seu dicionário, Pianigiani apud Petruccelli et al. (1907; 2013) aponta que

na antiguidade o significado de raça sempre foi muito similar a gênero e tipo, isto é, trata-se de uma palavra referente a grupos de pessoas, animais, ou coisas similares. Razza remete ainda a raiz, então uma raça seria um agrupamento de pessoas unidas por raiz comum, como uma família.

Quanto a ideia de que o uso da palavra raça implicaria racismo, Petrucelli (2013) afirma tratar-se de um radicalismo surgido em resposta à pseudociência racista que alimentou a ideologia alemã na década de 1930. Guimarães apud Petrucelli (2002; 2013) considera que o combate à palavra raça seria derivada da ideia iluminista segundo a qual, uma vez que o sujeito está esclarecido acerca de certo erro, não o cometerá mais, logo, estando esclarecido sobre a inexistência de raças, o comportamento racista iria deixar de existir. Petrucelli advoga pelo uso da palavra raça por ela possuir qualidade classificatória útil, contendo as percepções sociais da diversidade entre pessoas e sua hierarquização. Além disso, sustentam que conceitos semelhantes a raça remontam à antiguidade remota, adquirindo sempre tonalidades e palavras diferentes para referenciá-la, mas mantendo um núcleo canônico de significados.

Segundo Petrucelli (2013) as discussões em torno da raça surgiram no Brasil na segunda metade do século XIX, a partir da busca pela identidade nacional. O grande número de etnias compondo o território nacional se figurava como uma fonte de contradições e dificultavam o processo. Nesse momento regiam as concepções essencialistas: as diferentes origens do povo e às distinções físicas que lhe eram características eram atribuídas a tipos permanentes de caráter, moral e conduta. Em 1843 surgiram os discursos a primeiro proporem a ideia de *democracia racial brasileira*, segundo os quais, devido à dificuldade de rastrear raças em um país tão miscigenado, a noção de raça teria deixado de ter relevo social, e viveríamos num estado de homogeneidade racial.

A partir do século XVII, inaugura-se no ocidente uma nova forma de conhecimento. As ciências naturais e a taxonomia passam a ser modelos de saber (PETRUCELLI 2013). Mais tarde, Darwin causa uma revolução dentro dessa área com a teoria da evolução. Sua teoria adentra aos domínios da ideologia política e, deturpada, serve de fundamentação para o pensamento racista. Osório (2013) assim define:

As teorias racistas ganharam força com a divulgação da Teoria da Evolução, que logo encontrou recepção na ciência da época e foi extrapolada para outras áreas do saber, como a Sociologia, degenerando no que ficou conhecido como darwinismo social, dando força ou origem a movimentos racistas e eugenistas. (p. 86)

O evolucionismo implicou no reforço e no impulsionamento às teorias racistas já existentes. Osório (2013) observa que: “a raça ganhou uma dimensão política sem precedentes no final do Século XIX e no início do XX, quando ideólogos variados alegavam bases pseudocientíficas para reivindicações de superioridade racial” (p. 86).

Tal eflúvio científico-cultural se reflete no Brasil com as célebres formulações de Oliveira Vianna (1883-1951), importante intelectual que veio, inclusive, a atuar no IBGE. Com a obra *Evolução do Povo Brasileiro*, que parte do pressuposto da superioridade “aryana”, Vianna afirma que:

O poder ascensional dos negros em nosso povo e em nossa história, si é, pois, muito reduzido, apesar da sua formidável maioria, não o é apenas pela pequena capacidade eugenística da raça negra, não o é apenas pela acção compressiva dos preconceitos sociaes, mas principalmente pela insensibilidade do homem negro a essas solicitações superiores que constituem as forças dominantes da mentalidade do homem branco. (1938, p. 176)

Na corrente científica e intelectual da época, Vianna acreditava que o ser humano evolui em um contínuo linear, e que o homem branco estaria encabeçando o progresso. Progresso de cunho biológico, no que tange ao embranquecimento, mas que é indissociável do refinamento de qualidades morais, reputadas ao homem branco.

A própria evolução da genética, contudo, veio a refutar e erradicar tal forma de pensar. A atenção sobre a ideologia (FIORIN, 1990), oriunda de estudos marxistas, de igual modo contribuiu para a rejeição dessas ideias, uma vez que a origem histórica delas as explica e as põe em cheque. A raça como conceito *útil* de separação dos tipos humanos veio a se firmar nas culturas americanas e europeias no século XVIII, segundo pontua Petrucelli (2013), com o iluminismo e o positivismo. O autor conclui que, na época: “a legitimação intelectual da supremacia branca aparecia como naturalmente justificada pelas ideias hegemônicas para fundamentar a exploração dos povos de cor, mas também pela lógica da estrutura do discurso ocidental moderno” (p. 18). Se os índios, os negros, os estrangeiros não são humanos como nós, se a raça nos torna essencialmente diferentes, então está autorizada a colonização.

Foi, assim, confirma Petrucelli (2012), que o europeu passou a determinar, coercitivamente e com poder de fogo, o próprio europeu como modelo de ser humano superior, em relação ao qual os diferentes deveriam ser subalternos. A raça, então, surge entremeada aos interesses daqueles que se beneficiam da sua nomeação, e sua descrição é dada nesse mesmo compasso interesseiro e hegemônico.

O fenômeno da raça no Brasil foi interpretado por Gilberto Freyre (2001) como sendo de qualidade distinta do de outros países. O intelectual argumentou que o cenário brasileiro pendia mais para a harmonia racial do que para o conflito e segregação, como seria nos EUA, fundando assim o que é conhecido como o mito da democracia racial. A democracia racial proposta por Freyre foi prontamente criticada,

ao que se defendeu, chamando a atenção para a relatividade do conceito democracia. Contudo, o autor acertou acerca da singularidade das relações raciais no Brasil. O racismo aqui foi, desde o princípio, mais discreto, mascarado por gentilezas no trato e pela esperança de que, com a miscigenação, o mulato fosse embranquecendo, até não haver vestígio da raça negra como tal (FREYRE, 2001).

É interessante notar como o estudo sociológico do Brasil aponta para uma tendência ao encobrimento das questões raciais, já há muito tempo. A própria opção por omitir o termo “raça” ou substituí-lo por termos mais vagos pode participar dessa antiga tendência, aponta a perspectiva crítica (OSÓRIO, 2013).

A palavra raça é um importante vetor de significações sociais da realidade brasileira, e nunca deixou de ser usado. Nos estudos contemporâneos o termo raça ganha um novo percurso, agora mais rico de perspectivas: “multiplicam-se as constatações de sua persistência como realidade simbólica extremamente eficaz nos seus efeitos sociais” (PETRUCCELLI, p. 17). Ainda segundo o Petrucelli, a raça é, em decorrência disso, uma representação produzida a partir de diferentes referenciais.

O dito simbolismo da raça é tão rico quanto são as experiências de ser em sociedade. Hoje, Schwarcz observa que as autodeclarações de raça contém uma variedade é riquíssima:

Primeiramente, percebe-se a existência de uma espécie de arco-íris nacional, na auto definição dos entrevistados, que se dizem: verdes, roxos, cor de burro quando foge, cor de rosa, cor de ouro, laranja, chocolate, café com leite, encerada, enxofrada... ou até azul marinho. Parece haver uma preocupação em descrever a cor, da forma mais precisa possível. "Amarela, verde, azul e azul-marinho, branca, bem-branca ou branca-suja, café ou café com leite, chocolate, laranja, lilás, encerada, marrom, rosa e vermelha" são definições que buscam reproduzir, quase que didaticamente, a coloração; numa clara demonstração de que no Brasil raça é mesmo uma questão de marca. (p. 42, 2012)

Agora podemos melhor nos endereçar aos casos exemplares que abrem esta seção. A percepção do dentista negro, que usa “raça” como marca de posição social e econômica, está profundamente ligada a dois fatos: a corrente histórica de inferiorização do negro por meio do discurso e o rastro concreto da marginalização do negro no Brasil. O enunciado do dentista sintetiza o resultado de sua experiência. O negro, no mundo que ele vivência, está tão vinculado com a pobreza, que para ele se tornam a mesma coisa. Em oposição, deixar de ser pobre equivale a deixar de ser negro.

A situação de Fabiana Cozza é diversa. Uma determinada noção de negritude lhe foi negada. Isso num contexto muito próprio. Segundo os critérios de parte do Movimento Negro, a negritude não se desvincula da quantidade de melanina que o sujeito possui, mas está estritamente ligada a isso. Para o Movimento, clarear a pele da personagem seria diminuir a legitimidade da pessoa representada. Para a cantora, a legitimidade de ser negro está mais ligada à sua experiência concreta que à gradação da cor da pele.

A palavra raça é ambígua e seu sentido desliza. Isso se verifica também nos trabalhos do Censo. Pesquisas do IBGE (2013) na sua compilação mais recente sobre critérios de classificação racial, observam haver oscilações pronunciadas em pequenos lapsos de tempo acerca da declaração de cor da pele (principal marcador de raça). É exemplo disso os dados da Pesquisa Mensal de Emprego (PME), de 1998 e os dados da Pesquisa das Características Étnico-raciais da População (PCERP), de 2008. Nesta última o termo “negro” foi adicionado à gama de categorias já existentes. Os resultados mostraram o crescimento pela preferência da classificação negra e o decréscimo da preferência pela classificação morena (antes o mais próximo de negro era “moreno” e “preto”, apenas). O fenômeno demonstra como a percepção da raça é

sensível a mudanças vocabulares, bem como reflete a valorização recente da raça negra (PETRUCCELLI, 2013).

As pesquisas confluem no sentido da instabilidade das classificações raciais e das motivações múltiplas e móveis para seus critérios. A raça demonstra ser uma noção relacional. Buscaremos, em luz desses dados, encaminhar a discussão para o tema das comissões de verificação de autodeclaração.

3 O PROCEDIMENTO FORMAL E A DUPLA ELIMINAÇÃO DA SUBJETIVIDADE

Definir a validade de uma declaração de raça é tarefa complicada. Se torna especialmente difícil quando é garantia de benefício competitivo na obtenção de uma vaga, por exemplo. As ações afirmativas em concursos públicos e em processos de seleção de alunos universitários o risco de fraude é, infelizmente, real. Uma das abordagens possíveis do problema é pela via formal e procedimental. O que buscamos fazer nesse capítulo é discutir essa abordagem conforme a o exemplar selecionado, proposta de Vitorelli (2017).

Para abrir a discussão, destacamos o posicionamento de Mello (2001), com o qual compactuamos: “costumo dizer que toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade (...) os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens” (p. 164). Ao que nos parece, as abordagens formais incorrem em maior ou menor grau no vício para o qual Mello (2001) aponta, que é a interpretação da norma pela norma, isto é, valorizando a lógica interna de um conjunto de normas ou de procedimentos se põe em risco o benefício mesmo pelo qual se luta.

Retornando ao problema da raça nas ações afirmativas, segundo os critérios do IBGE, desde que alguém não seja branco, índio ou amarelo será negro (negro engloba, na atual classificação, pretos e pardos). Isso resulta que cerca de 50% da

população é considerada negra e, portanto, apta a concorrer a bolsas reservadas. Vitorelli (2017) enxerga nessa situação um estímulo alto para a fraude, considerando ainda que as vagas reservadas aos negros podem parecer mais vantajosas do que as de livre concorrência.

Com isso, as medidas que visam minimizar fraudes são legítimas e louváveis. Vitorelli (2017) tece uma discussão bastante amadurecida a esse respeito. Seu pensamento é um exemplar das propostas de formalização dos procedimentos. O autor entende haver um problema fundamental com o modo como se realiza a heteroverificação de cor da pele no Brasil. O procedimento muito se distancia, segundo ele, do modelo americano em que o Brasil se inspira, complementando que nos Estados Unidos a autodeclaração não é contestada. Ele cita como exemplo as polêmicas geradas pelas comissões da UnB, trazendo à tona o caso em que a administração da universidade se propôs a aferir a raça por meio de critérios métricos da fisionomia, fato que levou a comparações com os critérios nazistas para identificar judeus. Esclarece ele que a intenção não é relacionar uma coisa com a outra, mas acusa:

[...] a avaliação do fenótipo por uma comissão externa, a partir de critérios pretensamente objetivos, caminho que o Brasil vem adotando, é atípica no mundo e na história e, por isso, merecedora de toda a cautela possível.”

“[...]”

Admitir que o administrador, o membro do Ministério Público ou o juiz digam que alguém não é negro (preto ou pardo) sem antes definir qual seria o parâmetro de avaliação é submeter o candidato a situação inaceitavelmente kafkiana. (p. 107).

O que o autor propõe então, como primeira providência, é que se esclareçam os editais, para que os alunos tenham nítida noção do risco que estão correndo ao se submeterem para tais vagas (em geral, a penalidade para o indeferimento é a

exclusão do processo seletivo). Acerca do princípio da proteção da confiança, o Vitorelli (2017) assevera: “um processo que não explicita antecipadamente suas regras, mas pretende aplicar punições, *a posteriori*, ao cidadão, evidentemente viola o princípio” (p. 109). O projeto que encabeça a tese de Vitorelli é o seguinte: “para solucionar esse problema, sugere-se que a administração, ao elaborar o edital, contrate profissionais modelos fotográficos, de diferentes fenótipos, e publique suas fotografias em anexo do edital” (p.110).

O autor propõe, em suma, medidas para assegurar maior justiça ao candidato que possa ter a autodeclaração negada. O candidato teria, primeiramente, um acesso prévio aos critérios (puramente visuais) elaborados pela comissão e assim sua decisão por optar ou não pelas ações afirmativas seria mais responsável. A margem de discricionariedade da comissão seria reduzida e todo o processo seria mais padronizado. O autor salienta que à banca caberia apenas verificar a cor da pele com base no que foi previsto no edital: “a comissão, portanto, deve se limitar a fundamentar a sua decisão na comparação entre a tonalidade da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital” (VITORELLI, 2017 p. 115).

Os problemas da proposta começam a se delinear com clareza quando, conforme busca eliminar a subjetividade do processo, Vitorelli (2017) inclui: “a lei atribuiu cotas a pessoas negras, que são potencialmente vítimas de racismo, *não àquelas que efetivamente já o experimentaram e são capazes de narrar publicamente esses eventos*” (grifo nosso). E arremata que, por “não ter meios nem autoridade” para comprovar tais narrativas dos candidatos, as entrevistas pessoais serviriam somente “para que a comissão tenha contato presencial com o candidato, não mediado por fotografias ou recursos tecnológicos” (p. 116). Invoca, em auxílio de tal posicionamento, a Orientação Normativa nº 3/2016, que prevê o fenótipo como único critério válido.

Apesar do benefício promovido pela observância implícita do fato de que algumas pessoas contam histórias melhor que outras, e que isso poderia incorrer em injustiças, em última análise, entendemos que a proposta visa calar o candidato com vistas a garantir a objetividade dos parâmetros utilizados.

Tal medida nos parece imediatamente perigosa, no momento em que temos consciência da dimensão extra-fenotípica da raça. O anedótico caso trazido por Schwarcz (2012), do dentista que por ascender de estrato social entende que sua raça também mudou lança luz especial sobre o assunto. Ele provavelmente reconhece numa fotografia de modelo uma cor de pele aproximada da sua, e isso com a mesma objetividade e com a mesma subjetividade que qualquer outra pessoa. Contudo, na sua concepção pessoal sua raça era uma quando a sua vida era mais difícil, tornou-se outra quando melhorou. É um detalhe perceptivo que não pode ser ignorado quando se busca a distribuição concretamente justa (não apenas formal) da justiça racial.

Pelo viés do pluralismo jurídico, definido por Wolkmer (2015) como uma quebra de paradigma da noção monística e liberal do direito, seria possível entender a proposta de Vitorelli (2017) de forma ainda diversa. Uma crítica emancipatória teria como base as estruturas das relações sociais do Brasil e discutiria modos de rompê-la nos pontos em que compreende sua função de preservar hegemonias e mecanismos profundos da segregação. Podemos entender a proposta de Vitorelli (2017) como uma contra resposta à vertente crítica e emancipatória que observou na conduta administrativa da universidade, acusando-a de dar preferência ao cotista “por seu engajamento”, que trata como sinônimo da “capacidade de narrar” sua condição de negro. Daí sua proposta de negar a discricionariedade destes que avaliam a cor da pele com base (também) na narrativa do candidato. A tese não funciona sem uma noção de objetivismo neutralizado de raça que a sustente, uma raça que não sofre por ser raça (se assim fosse, não precisaria de cotas). O que na proposta de Vitorelli

(2017) surge como uma corrupção na conduta administrativa da eleição de cotistas, entendemos que está em consonância com a aplicação de uma vertente emancipatória e crítica do Direito (WOLKMER, 2015).

A teoria da interseccionalidade (CRENSHAW, 2012) já esclarece que a visão unívoca que se lança sobre o sujeito a respeito de sua raça é força propulsora para formas discretas de preconceito. A autora afirma: “a interseccionalidade sugere que, na verdade, nem sempre lidamos com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos”. E, acerca de seu estudo de casos de mulheres negras no júri americano conclui: “a visão tradicional da discriminação opera no sentido de excluir essas sobreposições” (p. 10). Nesse sentido, olhar unicamente para a cor da pele do candidato pode ocultar aspectos importantes através dos quais sua relação com a raça ganha sentido. A discriminação ao negro bem-nascido, por exemplo, não é equiparável a do negro que, como agravante de sua raça, cresceu no ambiente hostil da favela sofrendo marginalizações.

Para além das ideias compreendidas no termo raça, as categorias de discriminação são várias: sexo, enfatizadas por Crenshaw (2004), além de idade e deficiência. Nesse sentido, olhar apenas para o critério de raça seria tapar os olhos para grande parte da realidade. Se reconhecemos que mulheres sofrem discriminação e negros também, a mulher negra não equivale ao homem negro, mas a vulnerabilidade dela deve ser maior. Claro, esta observação tem algo de abstrato, mas a avaliação do relato dos candidatos por uma banca preparada permitiria sopesar cada caso com suas particularidades. Deixar esses elementos discretos de lado para o cumprimento satisfatório de lógicas jurídicas é uma forma teoricamente fundamentada e autorizada de garantir a perpetuação de desigualdades.

No mesmo compasso, mas com modo argumentativo diferente Moreira (2017), aposta na reforma da lógica jurídica como um todo. O autor tem tom ativista, costuma redigir à moda *storytelling*, valorizando a sua perspectiva (de minoria negra)

em relação à perspectiva pretensamente neutra, abstrata e universal da lei. Ele acusa toda uma vertente interpretativa desta mesma lei de omitir o caráter social da realidade em prol do reducionismo individualista: “juristas brancos pensam de forma distinta. Para eles, a discriminação racial descreve apenas uma série de ações individuais cujas consequências devem ser solucionadas por meio da responsabilização de indivíduos específicos” (p. 398).

Sua suspeição acerca do formalismo jurídico se firma, por exemplo, nos princípios históricos da raça esboçados no capítulo anterior. Suas afirmativas se baseiam no princípio observável de que resgatamos hoje em dia as ideias filosóficas moldadas a favor do racismo. Esses aos quais chama de “juristas brancos”, nada mais são que os adeptos plena ou parcialmente conscientes dessas correntes antigas de pensamento. Fiorin (1990) já observa, em suas leituras de Marx e Engels, que a ideologia não se restringe ao senso comum, às ideias e aos preconceitos vulgares, mas que se entremeia com o pensamento intelectual e nele encontra confirmação.

Moreira (2017) faz uma observação que nos parece justa:

Os princípios de igualdade formal e de justiça simétrica foram importantes para a luta contra a opressão em muitas situações, mas eles não são capazes de transformar as estruturas sociais que permitem a reprodução da exclusão racial. Na verdade, eles são hoje instrumentos utilizados de forma estratégica para promover a discriminação. Sim, meus amigos. A defesa da igualdade também pode ser uma estratégia de dominação (p. 399).

É com base nesses pontos de vistas que fundamentamos nossa rejeição quanto à proposta de negar a interlocução do candidato negro à administração. Quanto à ideia do modelo visual anexado aos editais, nos parece adequada no sentido de facilitar decisões, tanto do candidato quanto da comissão. Contudo, redundando num formalismo jurídico da aferição da cor da pele, o que não contempla, conforme vimos

no capítulo anterior, a real dimensão do sentido da cor da pele como marca de desigualdade social.

A proposta, de um modo geral, se preocupa mais em eliminar subjetividade em jogo nas comissões do que com o benefício concreto do candidato mais merecedor. Em eliminar a subjetividade das comissões avaliativas o projeto cumpre, conjuntamente, eliminar o espaço de subjetividade do candidato. Acerca do pensamento liberal, com o qual o procedimento formal aqui estudado vem de encontro, Moreira (2017) observa: “características pessoais devem então ser desconsideradas para que todas as pessoas sejam tratadas a partir da condição delas como sujeitos jurídicos” (p. 400). Eliminando as subjetividades, subtrai-se da desigualdade racial as múltiplas dimensões que a constroem. Aonde pesa mais a objetividade da avaliação, suprime-se a natureza relacional que a raça tem no Brasil.

A proposta trabalha em dois sentidos diferentes e harmônicos para a efetividade formal das ações afirmativas: diminui-se a margem de subjetividade do olhar do juiz e elimina-se o espaço da subjetividade da parte interessada. Consoante com nosso alerta quanto ao problema de se calar o candidato, Mello (2012) adverte ainda sobre a importância de o juiz (e incluímos aqui toda autoridade avaliadora) dar um papel ativo à sua formação humanística em busca do ideal mais justo.

O trabalho de Vitorelli (2017) é um exemplar de uma vertente do pensamento jurídico que defende os procedimentos formais e quantitativos. No caso específico notamos que, eliminando as subjetividades, calando a voz do candidato a pretexto de que uns gozam de melhor locução do que outros e de que a veracidade de seus relatos é inverificável, apaga-se o espaço da interlocução da experiência da raça, traço que se mostra tão essencial na composição das ideias de raça do brasileiro. Com a formalidade procedimental, então, satisfazem-se os anseios racionais, impessoais e econômicos do Direito, à custa da evasão do combate ao problema mesmo que se propõe enfrentar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Raça é para o brasileiro um conceito amplo e multifacetado. Conforme observamos, a raça negra é geralmente associada a um marcador de sofrimento, discriminação, baixo *status* social e dificuldades na vida. Contudo, o critério mais objetivo da cor não se relaciona com a raça de maneira estável nem imediata. De modo que um único sujeito, sem sofrer nenhuma mudança em seu fenótipo ao longo da vida pode afirmar-se negro em determinado momento e branco em outro (SCHWARCZ, 2012).

Isso põe uma luz especial sobre o problema da raça. Ser negro, mais do que possuir determinado tom de pele, se associa a um determinado conjunto de experiências sociais que pertencem, em último caso, ao sujeito.

Em outro caso exemplar, de Fabiana Cozza, vimos que a legitimidade da raça segundo uma parcela de pessoas devia estar ligada necessariamente ao grau de pigmentação da pele. Mais uma vez a legitimidade de pertencimento à raça negra se associa às dificuldades e durezas que lhe são inerentes. Aqui, contudo, percebeu-se haver o conflito entre uma concepção pessoal da raça e outra coletiva, uma discussão em que se deduz: os negros não são negros de igual maneira.

Essas discussões são muito atuais. E embora só pudessem ser manifestadas à luz da conjunção histórica do momento, remontam a toda uma discussão histórica sobre a raça (SCHWARCZ, 2012). O mito da democracia racial encoberta no Brasil o racismo, uma vez que, devido à miscigenação multirracial, torna-se conveniente negar que haja variedades de raça, mas somente uma pretensa raça brasileira. Vimos que o próprio discurso científico brasileiro serviu para sedimentar preconceitos (PETRUCCELLI, 2013). É pois, em meio a um momento em que mitos e ideologias raciais se põem à tona que esses debates ganham combustível.

Conforme a revisão histórica aqui trabalhada explorou, podemos afirmar que a raça é um conceito relacional: surge em relação às crenças de cada grupo social, em comparação com modelos socialmente constituídos, a partir de relações subjetivas que remontam a própria ideologia da raça e apontam para a experiência do sujeito no mundo (PETRUCCELLI, 2013; SCHWARCZ, 2012).

Com base nisso, quem ganha em quem perde com as propostas formais da interpretação jurídica, propostas que inviabilizam a locução da experiência pessoal em prol de procedimentos objetivos e demonstráveis? O que está em jogo ao se reforçarem as visões formais e o apagamento do sujeito é a própria validade das ações afirmativas.

A mesma revisão histórica demonstra que o impulso de eliminar a voz daqueles ofendidos pela desigualdade racial pode se manifestar — e se manifesta — nas produções intelectuais e na própria lei. O racismo não é exclusividade do senso comum, dos pontos de vista grosseiros: mas encontra respaldo na vida intelectual de um país e infiltra-se na própria composição do sistema formal de leis. Conforme acreditamos, a tendência formalizante do Direito, homogeneizadora do critério de raça, pode funcionar como uma maneira subterrânea de manutenção da desigualdade racial (MOREIRA, 2017; WOLKMER, 2015).

Apesar dos benefícios concretos para os princípios da economia e da impessoalidade, vemos com cautela as propostas como a de Vitorelli (2017). Por um lado, nos parece negativa a atitude de desmotivar o julgamento subjetivo do avaliador, que é a área da atuação de seu senso crítico humanístico (MELLO, 2001). Por outro lado, eliminar o espaço da locução do candidato à vaga de cotas é dar a raça um critério objetivo somente no papel (a cor da pele) ignorando a real complexidade do problema da raça no Brasil. Pelo ganho na objetividade nos casos de indeferimento da autoafirmação racial, corre-se o risco de se deixar de lado aqueles que mais precisam e os que mais merecem o benefício.

Contudo, propostas como parâmetros fotográficos para definição de cor da pele demonstram-se bastante eficientes para a finalidade de ganho de agilidade e transparência nas ações afirmativas. E importa esclarecer que não nos opomos ao ganho de objetividade e de efetividade nesses procedimentos. Todavia, chamamos a atenção para que critérios do gênero formal e objetivo não sejam tomados como medida única de avaliação.

O debate parece instalar-se em um âmbito maior do Direito, para o qual nos chama a atenção Moreira (2017), que pode ser referido abstratamente como a briga teórica do quantitativo vs qualitativo (AMÉLIA AUGUSTO, 2014). De um lado, as tendências formais, objetivistas, empiristas ou racionalistas, buscam comprovações verificáveis para os atos da Lei ou comprovações que respondam a uma “lógica interna” das normas (MOREIRA, 2017; WOLKMER, 2015). No outro lado, existe a visão de que os casos devem ser analisados pela sua concretude, e as que as normas devem atender às demandas da realidade, a subjetividade deve ser levada em conta e a interpretação deve ser o centro da atividade jurídica (MOREIRA, 2017). Esperamos, com isso, estar contribuindo, ainda que de maneira muito modesta, para o andamento dessa discussão ampla que o nosso assunto toca.

REFERÊNCIAS

AMÉLIA AUGUSTO. **Metodologias quantitativas/metodologias qualitativas**: mais do que uma questão de preferência, Forum Sociológico [Online], 24 | 2014, posto online no dia 01 novembro 2014, consultado o 30setembro 2019. URL :<http://journals.openedition.org/sociologico/1073>.

BRASIL, Orientação Normativa Nº 3, de 1º de agosto de 2016. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros.

Tribunal Regional do Trabalho, 2 de ago. de 2016. Disponível em:

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/Min_Div/MPOG_ON_03_16.html.

Acesso em: 15 jun 2019.

CRENSHAW, Kimberle W. (2004). A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf> Acesso em: 15 jun 2019.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia**, 6ª ed. São Paulo: Ática, 2005

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. Doutrina nacional. **Revista do TRT da 15ª região — n. 17 — dezembro**, 2001. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110316/2001_mello_marco_otica_constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em: 5 jun 2019.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP, v. 18, n. 7, p. 393 - 421 |Set./Dez. 2017. Disponível em:

<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/3182/2837>. Acesso em: 5 jun 2019.

OSÓRIO in Petruccelli, José Luis et al., organizadores. **Características étnico-raciais da população: classificações e identidades**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística--IBGE, 2013. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>. Acesso em: 5 jun 2019.

PETRUCCELLI, José Luis et al., organizadores. **Características étnico-raciais da população: classificações e identidades**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística--IBGE, 2013. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>. Acesso em: 5 jun 2019.

Em carta aberta Fabiana Cozza renuncia papel de Dona Ivone Lara no teatro. **Revista Fórum**. <<https://www.revistaforum.com.br/em-carta-fabiana-cozza-renuncia-papel-de-dona-ivone-lara-no-teatro/>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Do preto, do branco e do amarelo: sobre o mito nacional de um Brasil (bem) mestiçado. **Cienc. Cult.** vol.64 no.1 São Paulo, p. 42. Jan. 2012. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n1/18.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VITORELLI, Edilson. Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação. rda – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 95-124, maio/ago. 2017. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/71649/69323>. Acesso em: 5 jun 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. – 9. Ed. – Saraiva, 2015.

**LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CARACTERIZAÇÃO
DO DISCURSO DE ÓDIO**

*LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION AND CHARACTERIZATION
OF HATE SPEECH*

Maria Fernanda Viñas KERSTING¹

Julia Heliodoro Souza GITIRANA²

RESUMO

O presente artigo cuidará de tecer um estudo sobre os possíveis limites da liberdade de expressão, que esbarram na configuração de eventual discurso de ódio. Com o objetivo central elencado, e perante a atualidade do tema, será realizado um exame desta problemática, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ao passo que é vedada a censura prévia de determinada manifestação de pensamento, não são toleradas pelo Judiciário brasileiro falas com viés discriminatório, que procuram marginalizar todo um corpo social específico, as ditas minorias. Com isso, a dificuldade de operar o direito no

¹ Bacharela em Direito pela FAE Centro Universitário. Atualmente é pós-graduanda na Escola Superior da Magistratura do Paraná. E-mail: mariafkersting@gmail.com.

² Doutoranda em Políticas Públicas pela UFPR. Mestra em Ciência Jurídica e Teoria do Estado pela PUC-RJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo UTP/ICPC (2016). Bacharela em Direito pela PUC-RJ. Atualmente é professora no curso de Graduação do Departamento de Direito da FAE Centro Universitário. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. Integrante do Instituto Política Por/de/para Mulheres. E-mail: julia.gitirana@gmail.com.

contexto atual surge pela colisão do direito fundamental da liberdade de expressão, com a dignidade da pessoa humana. Diante desta conjuntura, resta imperioso discorrer acerca do tema, utilizando o critério da ponderação dos direitos fundamentais, por meio da hermenêutica. Para tal, deve ser feito estudo de casos já julgados pela Suprema Corte, com a devida complementação bibliográfica. Utilizando-se da dialética, norteadas por princípios fundamentais estruturantes da ordem constitucional, o estudo aqui apresentado trará uma viável solução para o ordenamento jurídico. Ao final, será possível observar que o limite do discurso será decretado a partir do caso concreto, devendo a decretação do limite ser fundamentadamente esclarecido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental. Liberdade de expressão. Discurso de ódio.

ABSTRACT

This article will take care to make a study on the possible limits of freedom of expression, which come up against the configuration of eventual hate speech. With the central objective listed, and given the current nature of the topic, an examination of this issue will be carried out, in the light of the understanding of the Supreme Federal Court and the European Court of Human Rights. While the prior censorship of a certain manifestation of thought is prohibited, speeches with discriminatory bias, which seek to marginalize an entire specific social body, the so-called minorities, are not tolerated by the Brazilian Judiciary. With this, the difficulty of operating the law in the current context arises from the collision of the fundamental right of freedom of expression, with the dignity of the human person. In view of this situation, it is imperative to discuss the topic, using the criterion of weighing fundamental rights, through hermeneutics. To this end, a study of cases already judged by the Supreme Court must be carried out, with the appropriate bibliographic complementation. Using the dialectic, guided by fundamental structural principles of the constitutional order, the study presented here

will bring a viable solution for the legal ordering. At the end, it will be possible to observe that the discourse limit will be decreed from the specific case, and the decree of the limit must be justified.

KEYWORDS: Fundamental right. Freedom of speech. Hate speech.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o direito da liberdade de expressão, em sentido amplo, é pilar de um Estado democrático de Direito, e para além, pilar da Constituição Cidadã, é possível realizar uma análise constitucional e sociológica deste direito fundamental. Dito isso, o excesso de manifestação, a ponto de caracterizar discurso de ódio, é tema atual e passível de inúmeros exemplos, e portanto, se faz necessário discorrer acerca desta problemática.

A matéria abordada possui grande relevância no que tange aos limites das falas e demonstrações de opiniões de determinado indivíduo. Referida relevância surge pela impossibilidade de restrições prévias do direito fundamental mencionado, sob pena de censura. Entretanto, o discurso cerceado pela liberdade de expressão não dispõe de caráter absoluto e insuscetível de consequências.

Deste modo, surge a pontuada discussão, que não apresenta solução imediata. O próprio direito à liberdade de expressão está assentado ao longo dos incisos do artigo 5º, e artigos esparsos da Constituição, enquanto o direito à honra, dignidade da pessoa humana, e a não-discriminação possuem semelhante influência na ordem constitucional. Os limites estabelecidos entre a colisão do direito fundamental à liberdade de expressão e o direito fundamental à dignidade ainda não restaram claros pela Suprema Corte, bem como pelos Tribunais Estaduais e juízes em primeira instância.

Se por um lado, há o ordenamento jurídico norte-americano, que promove a política do livre mercado de ideias e ampla proteção a liberdade de expressão, de forma que sua restrição apenas é conferida em casos extremos que resultem em evidente violência, lado outro, nota-se o Código Alemão, que combate veementemente discursos discriminatórios, por meio de proibições a atividades nazistas e incitamento ao ódio de determinadas classes, raças e insultos à honra pessoal. Neste cenário, o Brasil encontra-se em situação intermediária.

À vista disso, determinou-se, como objetivo geral deste trabalho qualitativo de exploração bibliográfica e jurisprudencial, perfilar uma pesquisa sobre a definição de liberdade de expressão adotada na CRFB/1988, em confronto com outros direitos individuais. Para tanto, no propósito de auferir o objetivo central especificado, serão expostos pontuais casos concretos, já julgados pelo Pretório Excelso, apreciando os fundamentos e teses firmadas nos acórdãos, em consonância com os ensinamentos da doutrina. A abordagem é tecida pelo método dialético, visto que busca o debate, para assim encaminhar-se à uma solução, através de todo teor vinculativo firmado em princípios, tratados internacionais, e pela própria Constituição.

O estudo do nebuloso limite entre os direitos elecados, poderá contribuir para a viabilização de resolução de conflitos, dado que, em determinadas circunstâncias, discursos possuem manifestações intencionalmente ofensivas e discriminatórias, atentando contra a dignidade da pessoa humana e contra o direito de igualdade, isonomia e não discriminação.

Com a situação demonstrada, surge uma colisão de direitos fundamentais de grande complexidade, principalmente pelas variáveis conceituações e interpretações ligadas ao foro íntimo de cada indivíduo, e justamente por esta divergente concepção individual, resta imperativo compor uma reflexão sobre o assunto.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Como garantidor da democracia, liberdade individual e coletiva, o direito à liberdade de expressão, constitui-se como direito especialmente fundamental, pois assegura a dignidade do indivíduo como ser de direitos, que manifesta seus ideais políticos, filosóficos e ideológicos. Nesse sentido, como denota Ingo Wolfgang Sarlet, não existe vida digna se não houver a possibilidade de manifestar o que seu foro íntimo considera como certo e errado, e para além disso, a liberdade de expressão representa um valor central para um Estado democrático de Direito³.

Para Gilmar Mendes, Paulo Branco e Inocêncio Coelho⁴, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, pode ser considerada como a mais democrática e avançada na história constitucional brasileira, seja em virtude de seu processo de elaboração, seja em função da experiência cumulada pelos acontecimentos constitucionais pretéritos. De forma breve, é importante ressaltar que liberdade de expressão estava formalmente positivada na primeira Constituição do Estado Brasileiro, a Carta Imperial de 1824, assim como nas demais Constituições - 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967. Entretanto, os limites, a efetivação e o alcance da liberdade de expressão variam conforme a demanda histórico-política da época.

Apesar das sete Constituições brasileiras apresentarem formalmente a presença da liberdade de expressão, para Sarlet, foi apenas sob a égide da atual Constituição que a liberdade de expressão encontrou o ambiente propício para sua efetivação, visto que foi escrita em moldes que visam o Estado democrático de Direito

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais em Espécie. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203.

e também confrontar regimes ditatoriais⁵. Analisar, ainda que brevemente, o histórico constitucional, auxilia na compreensão da relevância do direito fundamental que assegura a liberdade de expressão, pois somente nos dias de hoje referido direito é voltado para toda a sociedade e sem distinção de destinatário.

Para ilustrar, texto constitucional trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos* (art. 5º da CF); *direitos sociais* (art. 6º ao 11 da CF) ; *nacionalidade* (art. 12 ao 13 da CF) ; *direitos políticos* (art. 14 ao 16 da CF) e *partidos políticos* (art. 17 da CF). Nesses termos, ressalte-se que o atual contexto jurídico desenhado pela Constituição de 1988 elencou no corpo normativo diversas formas especiais de desdobramento da liberdade de expressão⁶, como, por exemplo, liberdade de reunião (art. 5º, inciso XVI), liberdade artística (art. 5º, inciso IX), entre outras.

É importante frisar que os *direitos de liberdades específicas* (ou direitos especiais de liberdades) apresentados expressamente na Constituição não esgotam as formas de liberdades preservadas e garantidas no ordenamento constitucional atual. Como denota Ingo Wolfgang Sarlet⁷, através de uma leitura sistemática da Constituição, é possível verificar a presença do §2º do art. 5º da CRFB/1988, que atua como uma *cláusula de abertura constitucional*.

A cláusula de abertura dos direitos fundamentais é de extrema importância por conta do regime jurídico especial de que os direitos fundamentais são dotados, e por essa razão, entende-se que é necessário um conceito além do formal quando se trata destes direitos. Poderá, portanto, haver direitos fundamentais em sentido material mesmo não o sendo formalmente, uma vez que repousam fora do catálogo

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 504.

⁶ Imperioso destacar que a Constituição não adotou uma terminologia uniforme para tratar desta liberdade, que fala tanto em *liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento*.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 495.

constitucional⁸. Referida cláusula implica o reconhecimento dos conceitos formal e material⁹ de direitos fundamentais, pois o critério de fundamentalidade dos direitos não corresponde à sua previsão ou especificação no texto constitucional, tornando-se necessário um critério de substância para determinar o âmbito dessa matéria.

Tendo em vista a importância do direito à liberdade de expressão para a consagração de Estados Democráticos, este direito foi garantido e positivado não só em documentos constitucionais, mas também em tratados internacionais, como é possível ver na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão (2000).

Pode-se induzir que a liberdade de expressão é gênero que abarca as diversas manifestações específicas, pois abrange tanto a livre manifestação do pensamento prevista no art. 5º, IV, da CF, quanto as demais dimensões da liberdade de expressão. Como bem intitula Sarlet, a liberdade de expressão se desdobra em manifestação do pensamento, liberdade de consciência e crença, liberdade de comunicação (incluindo liberdade de imprensa), livre expressão artística, intelectual e científica. Assim, a mesma Magna Carta pode ser caracterizada como uma

⁸ MELO, Juliane Andréa de M. H.; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e *Status* Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí, 2017, págs. 274-305. Disponível em: <file:///C:/Users/09830883906/Downloads/5837-Texto%20do%20artigo-29910-1-10-20170403.pdf>

⁹ Faz-se necessário explicar a diferença entre os conceitos *direitos fundamentais em sentido formal e material*. Segundo Jorge Miranda, enquanto o primeiro diz respeito àquela posições jurídicas subjetivas das pessoas consagradas na Constituição, ligada ao direito constitucional positivo, o segundo conceito trata daquele direito que vem a ser parte integrante da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e que podem estar ou não na Constituição sob a designação de direitos fundamentais.

constituição da liberdade¹⁰, que tem a liberdade de expressão tratada como *direito mãe*¹¹.

A CRFB/1988, logo em sua abertura, apresenta os chamados *princípios estruturantes* ou *princípios fundamentais*, que estabelecem a forma e a estrutura do Estado e do governo (artigo 1º ao 4º). Nota-se pela breve leitura destes artigos, o compromisso da Constituição em delimitar um Estado Constitucional fundado na democracia, legalidade, soberania popular e ampliação e concretização de direitos fundamentais, entre outros, como destaca José Afonso da Silva.

Jorge Miranda¹² ressalta a *função ordenadora* dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.

No intuito de concretizar o projeto constitucional elencado de forma abstrata pelos princípios fundamentais, a Constituição de 1988 consagrou de forma expressa a liberdade de expressão no corpo do texto normativo. Para Lélío Lellis e Carlos Maximiliano “um olhar atento a Constituição vigente aponta que a liberdade está prevista em seu conteúdo como um princípio geral que se ramifica em várias espécies,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 506.

¹¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra ed, 2002, p. 370 e ss.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 195 e ss.

cada qual se desdobrando numa variedades de vertentes¹³. Os autores ainda destacam que do ponto de vista político-filosófico a noção de liberdade é inseparável da dignidade da pessoa humana¹⁴.

Como se observa, a liberdade de expressão assume uma posição basilar para a concretização da democracia e do pluralismo, que são as bases do projeto constitucional brasileiro - *vide* artigo 1º, inciso V, da CF. Tanto é assim que para Luís Roberto Barroso, a liberdade de expressão assume uma espécie de posição referencial, quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direito fundamentais¹⁵.

Seguindo a colocação do doutrinador ora citado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, assegurou a livre e plena manifestação do pensamento, criação e informação¹⁶. Nesta oportunidade, foi declarada a incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), com a atual ordem constitucional.

Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski¹⁷, referida lei foi editada num período autoritário, cujo objetivo - evidentemente não declarado - foi o de cercear ao máximo a liberdade de expressão, com vistas a perpetuar o regime autoritário que vigorava no País¹⁸. Com julgamento ocorrido em 2009, foi reforçada a liberdade de

¹³ LELLIS, Lélío Maximino; Hees, Carlos Alexandre. Manual de liberdade religiosa. Editora Ideal, 1ª edição, Engenheiro Coelho, p. 44.

¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade - Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 105-106.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal - ADPF nº 130 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Data de Publicação: DJe 06/11/2010, p. 1-12.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal - *Op cit*, p. 101.

¹⁸ A lei servia institucionalizar e regular a liberdade de expressão na época do regime autoritário. Estabelecia limites aos profissionais da área de forma que os jornalistas não pudessem atingir a honra e a intimidade da pessoa privada.

manifestação do pensamento, de informação e expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. Na ocasião, o Ministro Menezes Direito explanou que o que se teve concretamente foi uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão, em que se encontra situada a liberdade de imprensa¹⁹.

No julgado, estabeleceu-se que quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade, pois o preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação de ideias²⁰. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação, entendendo que a Lei nº 5.250/1967 não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Desse modo, afirmou-se pelas vias do judiciário que é vedado todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo ou o veículo de comunicação social.

Tanto é que a censura é absolutamente vedada pela Constituição, de plano e em qualquer caso, consistindo na restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição de determinado conteúdo²¹. Observa-se que Alexandre de Moraes entende como censura prévia o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, sendo este caráter preventivo e vinculante o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática²².

¹⁹ Supremo Tribunal Federal - *Op cit*, p. 91.

²⁰ *Ibidem*, p. 91.

²¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Op cit*, p. 487.

²² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

Nesse sentido, reconhecendo a vedação à censura, em 2018 o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, em que a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) questionava os incisos II e III (em parte), do art. 45²³ da Lei das Eleições. Foi arguido pela requerente a intolerável violação aos incisos IV, IX e XIV do art. 5º e do art. 220, todos da Constituição. O Ministro Ayres Britto²⁴ afirmou que não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Programas humorísticos, *charges* e o modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de imprensa, sinônimo perfeito de *informação jornalística* (§1º do art. 220). A Ministra Ellen Gracie, em conclusão, enunciou que o art. 220 da Constituição, assevera que nenhum diploma legal conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, e XIV, pois expressa que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, não poderá nunca ser interpretada como empecilho ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação²⁵.

Não se pode perder de vista também que tais direitos garantem aos seus titulares o poder de exercer positivamente direitos fundamentais - daí também um

²³ A Lei nº 9.504/1997 dispunha, no art. 45 que: *encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (...) II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.*

²⁴ Supremo Tribunal Federal - ADI 4.451 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 21/06/2018, Data de Publicação: DJe 25/06/2018, p. 5.

²⁵ A Ministra ainda discorreu que no caso em análise, houve clara manifestação de ponderação de princípios constitucionais, na qual nenhum valor maior em jogo precisou ser resguardado à custa do sacrifício integral de todos os demais. Indagou que não é difícil imaginar os efeitos nefastos que sofreria o processo eleitoral e, por via de consequência, a própria democracia, caso o rádio e a televisão, sob a invocação do direito absoluto à liberdade de expressão e informação, pudessem tomar preferência ou manifestar aversão por determinados candidatos presentes no jogo eleitoral.

status positivo desses direitos - e de exigir omissões em face dos Poderes Públicos²⁶. Todas essas ferramentas constitucionais que amparam a democracia foram concebidas por meio das chamadas cláusulas pétreas, que asseguram, invariavelmente, os direitos e garantias individuais. Os assim chamados limites materiais à reforma da Constituição - cláusulas pétreas - objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos em seu texto, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional²⁷.

Na formulação de John Rawls²⁸, constituem os *elementos constitucionais essenciais*, pois em virtude da ausência de uma fonte jurídico-positiva superior que sirva de fundamento de validade, a vedação de certas alterações da Constituição tem os seus olhos sempre voltados para o futuro. Em termos gerais, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constituído.

A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana no rol dos limites materiais à reforma constitucional não apenas constitui exigência de um lugar privilegiado no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes do Estado democrático de Direito, mas também se justifica em virtude de sua relação com os direitos e garantias fundamentais²⁹. Com efeito, torna-se óbvio que ao expressar-se, o particular realiza um ato básico para sua vivência no Estado democrático de Direito, que serve para salvaguardar seu ser pensante, caso contrário, teríamos um cenário diverso da democracia.

²⁶ CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995 p. 405-406.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 140.

²⁸ RAWLS, John. O liberalismo político. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 277.

²⁹ *Ibidem*, p. 146.

3 LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

Apesar da importância da liberdade de expressão para a consagração do Estado democrático de Direito brasileiro, não se atribui no ordenamento jurídico pátrio (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais³⁰.

Assim, vislumbra-se que um direito fundamental, seja ele qual for, não poderá, de igual forma, sobrepor-se à outro, pois não há direito fundamental absoluto e ao serem percebidos em seu caráter principiológico, estão inseridos em um sistema normativo complexo, formado de regras e princípios em que a interpretação sistemática é crucial para sua certificação³¹.

A possibilidade de escolha em expressar-se, consoante art. 5º, II, da CRFB/1988, estará limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; a) em normas constitucionais, quando terá que conviver com outros valores também prestigiados pela Constituição, como a dignidade humana e direitos de personalidade; b) pelas normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, determinadas pelo Código

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 511.

³¹ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. 2013, p. 349. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, Santa Catarina. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Penal e outros dispositivos, como a Lei nº 7.716/1989, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, entre outros³².

Embora haja liberdade de manifestação, contudo, essa não pode ser usada para manifestações que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime, entre outras), dado entendimento que não há direito fundamental absoluto³³. A proteção à liberdade de expressão, principalmente no que se refere à incitação ao ódio, é confrontada com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Diante das demandas da doutrina constitucional contemporânea, não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a cada situação³⁴. É nesse sentido, Canotilho³⁵, explica que na colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na ponderação.

Confirmando tal constatação, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da interpretação do artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, vem reiteradamente destacando que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Nota-se que estes órgãos internacionais de proteção e expansão de Direitos Humanos concebem a possibilidade de restrição à liberdade de expressão, desde que não sejam realizadas por medidas prévias,

³² FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. *Op cit*, p. 349.

³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 427.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op cit*, p. 1276.

anteriores, visto que seria considerado uma conduta abusiva e extravagante à proteção da liberdade de expressão.

É nesta linha que para a doutrina dominante³⁶, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em um direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que quer. A doutrina e jurisprudência vem acompanhando as recomendações da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito a liberdade de expressão³⁷.

Aponta Rabelo³⁸, que a dignidade da pessoa humana alcança todos os âmbitos da ordem jurídica, possuindo como grande ponto de discussão, seus contornos e limites, vez que a percepção generalizada desse direito pode acarretar em um grau de abstração complexo, que ocasiona por dificultar a aplicação das normas que o protege. Infere-se que, por mais que o direito à liberdade de expressão seja de suma importância para o quadro social, há situações em que a dignidade do receptor, bem como honra e imagem, são sopesadas no discurso daquele que o profere.

Tal questão foi ventilada pelo STF, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 891.647-SP, que manteve condenação imposta ao jornalista Paulo Henrique Amorim pelo crime de injúria³⁹ contra Merval Pereira, devido publicação em seu blog no ano de 2012. Ao utilizar a expressão “jornalista bandido” como legenda da foto do querelado, e ainda, os dizeres “jornalista bandido, bandido é”, foi considerado que a

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit*, p. 511.

³⁷ FILHO, João T. C. O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 60-61.

³⁸ RABELO, Raquel Santana. Os limites da liberdade de expressão. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016, p. 50.

³⁹ No capítulo V do Código Penal, estão dispostos os crimes contra a honra, e no art. 140, há a tipificação do crime de injúria: *injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*.

matéria publicada extrapolou o direito de expressão, atingindo a honra do querelante, não sendo tão somente o exercício do direito de crítica⁴⁰.

As decisões da Corte enfatizam que a ponderação entre o princípio que consagra a liberdade de informação, e o que assegura a intangibilidade do patrimônio moral das pessoas, supõe a análise do contexto fático e a reavaliação do conjunto probatório a ele concernente. Caso a utilização da liberdade de expressão seja extrapolado, o excesso deve ser reprimido e neutralizado, eis que a liberdade de opinião não autoriza nem legítimas práticas que atinjam e vulnerem, mediante imputações ofensivas, o patrimônio moral das pessoas, cuja proteção encontra fundamento no próprio texto da CRFB/1988 (art. 5º, X c/c art. 220, §1º)⁴¹. Nesta toada, o art. 5º, inciso X, da Constituição é categórico quanto a eventual violabilidade dos direitos fundamentais: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

É nesta linha tênue e de difícil constatação do limite da liberdade de expressão que o discurso de ódio se localiza⁴². A conceituação do discurso de ódio ou *hate speech* se constitui como incitamento ao ódio por meio de atos ou comunicações que inferiorize uma pessoa ou grupo⁴³. É exatamente por estar tão próximo da liberdade

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal - ARE nº 891.647/SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/09/2015, Data de Publicação: DJe 20/10/2015, p. 2-5.

⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

⁴² LENZ, Fernanda Schirmer. O tratamento jurídico da imunidade parlamentar em face do discurso de ódio: um conflito não previsto pela Constituição de 1988. Curitiba: CRV, 2017, p. 59.

⁴³ FILHO, João T. C. *Op cit*, p. 60-61.

de expressão que por muitas vezes acaba por ser mascarado por quem o profere justamente por se sentir apaziguado por este direito fundamental.

O discurso que destila ódio consiste, na verdade, na manifestação de convicções que estimulam a segregação e a discriminação no que tange à gênero, raça, religião, grupos determinados, em geral, àqueles denominados como *minorias*⁴⁴. Como pontua Fernanda Lenz, este discurso constitui-se de dois rudimentos primordiais: a discriminação e a externalidade.

Trata-se da exteriorização de posições segregacionistas, assentadas em uma suposta superioridade do emissor e inferioridade do receptor⁴⁵. Nesse viés, o entendimento que defende o absolutismo da liberdade de expressão é prejudicado ao esbarrar na dignidade humana, pois no Brasil e diversos países do globo, já prevalece a reprovação e punição de discursos de intolerância⁴⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, há tipificação no próprio Código Penal quanto à crimes de intolerância, quando estabelece no §3º do art. 140 o seguinte: (...) *se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa*. Igualmente, a Lei nº 7.716/1989 define os crimes

⁴⁴ LENZ, Fernanda Schirmer. *Op cit*, p. 60.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁶ Para ilustrar a extensão da liberdade de expressão e sua importância, é meritório elucidar o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação do presente direito fundamental também nas relações entre particulares, o chamado 'Caso Lüth' (*Lüth-Urteil*), julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Nesse caso, um crítico de cinema chamado Erich Lüth, invocou cidadãos alemães para boicotarem um filme que fora dirigido por Veit Harlam, diretor conhecido à época por produzir filmes nazistas. Ocorreu que Harlam e sua distribuidora de filmes ingressaram com ação cominatória em face de Lüth, que foi condenado pelo tribunal estadual (*Landgericht*) por propagar tais discursos progressistas e contra a idealização de ordem pública da época. Fora interposto recurso constitucional ao Tribunal Constitucional Alemão, que reformou a decisão dos tribunais inferiores, fazendo prevalecer o sentido dos direitos fundamentais, concretizando o direito à liberdade de expressão não apenas pela livre manifestação de opinião mas também pela possibilidade de ação e influência. Essas peculiaridades, cominadas com o fato do Tribunal julgar o direito particular de se expressar ser soberano a ordem pública, configura o caso narrado como o mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra.

resultantes de preconceito de raça ou de cor, e em 1997 foi sancionada a Lei nº 9.459 que alterou os arts. 1º e 20 desta primeira, acrescentando *etnia, religião ou procedência nacional* nos artigos que estabelecem os crimes de intolerância.

Portanto, ainda que a ofensa seja direcionada apenas a um indivíduo, sua carga crítica negativa irá afetar todo um grupo, havendo dano a todo segmento social que ele é pertencido. Evidente que a depreciação ao indivíduo está condicionada ao preconceito por características que o distinguem, e este preconceito atinge não só o locutor, mas todo seu corpo social⁴⁷.

O STF já se pronunciou em várias oportunidades sobre o tema dos limites da liberdade de expressão, em sentido amplo. Porém, pode-se afirmar existir apenas um caso em que a Corte analisou especificamente a questão do discurso de ódio, no emblemático Caso Ellwanger⁴⁸. No *Habeas Corpus* 82.424/RS, a Suprema Corte manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por crime de racismo. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o recurso, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, sendo que os dois primeiros consideraram o crime prescrito, e o último concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

O editor de livros escreveu, publicou e editou no ano de 1987, a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século”, onde se buscava demonstrar, com intuito pretensamente histórico, que o verdadeiro extermínio

⁴⁷ SILVEIRA, Renata Machado da. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. 2007, p. 51. Dissertação. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS, Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.

⁴⁸ FILHO, João T. C. *Op cit*, p. 150-152.

ocorrido na Segunda Guerra Mundial teria vitimado os alemães⁴⁹. A maioria dos ministros entendeu que a prática de racismo abrange a discriminação contra os judeus, dada a interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma⁵⁰. O único argumento levantado na impetração foi a questão da extinção da punibilidade, em virtude da prescrição. Todavia, a CRFB/1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade.

A análise do presente caso julgado pela Corte Constitucional dita que a garantia constitucional da liberdade de expressão não se tem como absoluta, pois esbarra em limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal⁵¹, o que colocaria em risco o próprio Estado democrático de Direito.

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição (art. 5º, §2º, primeira parte), pois o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello reconheceu em seu voto, um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se do método - que é apropriado e racional - da ponderação concreta de bens e valores⁵². A dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento, que

⁴⁹ FILHO, João T. C. *Op cit*, p. 150-152.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal - HC nº 82.424/RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Data de Publicação: DJe 19/03/2004, p. 1-3.

⁵¹ *Ibidem*, p. 207-211.

⁵² *Ibidem*, p. 943.

possa gerar o desrespeito à alteridade, é inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis ódios raciais.

Gilmar Mendes alega que tal como já observado, não se desconhece, porém, que nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech*⁵³. Aprofundando o conceito de discurso de ódio, depreende-se que existe mais de uma modalidade, sendo a primeira delas a agressão a honra de indivíduos mediante insulto intencional. A honra pode ser entendida como à preservação de padrões mínimos de mútuo respeito, como o status de uma pessoa que goza de direitos iguais e que merece ser reconhecida como membro da comunidade humana⁵⁴.

Nesta esteira, a segunda modalidade é o insulto coletivo. Em referência com o Código Penal Alemão, destacam-se quatro requisitos que o caracterizam: (i) o grupo destacado deve ser pequeno, em relação aos demais; (ii) as características do grupo devem inferir das do público em geral; (iii) a declaração difamatória deve atacar todos os membros do grupo e; (iv) a funesta crítica deve ser fundada em critérios inalteráveis, sobretudo por perfis étnicos, raciais, físicos ou mentais.

Quer dizer que, na segunda modalidade, o indivíduo e seus aspectos pessoais não são o foco principal, mas sim o fato deste se vincular a determinado grupo, que é o alvo do discurso. Conclui-se que ambas modalidades mesclam-se, já que ao

⁵³ *Ibidem*, p. 956.

⁵⁴ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. 2007, p. 124-136. Revista de Direito público 15 - doutrina estrangeira, Tradução de Maria Angela Jardim Oliveira.

discursar negativamente sobre um fenótipo ou condição, atinge-se o destinatário e todos que coincidem com tais caracterizantes⁵⁵.

Por fim, a última modalidade destacada refere-se à negação de fatos consolidados como verdadeiros, por exemplo o Holocausto, modalidade comumente tutelada na cultura germânica⁵⁶. Nesta terceira modalidade, torna-se visível como a cultura e história de cada Estado influenciam no tratamento de direitos e garantias, principalmente no que tange a proteção de minorias em face de insultos odiosos⁵⁷.

A doutrinadora Samanta Ribeiro Meyer-Pflug realiza uma orientação conceitual quanto o discurso de ódio, sendo ele toda a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias⁵⁸. São nestes aspectos que se debruça o discurso de ódio, mediante desrespeitos valorativos, em que há a primitiva ilusão de posição de superioridade de uns perante outros.

A atitude de marginalização é um dos objetivos do discurso analisado, pois o desrespeito inerente das palavras proferidas reduz o ser humano à condição de objeto⁵⁹. Para além da marginalização, há necessidade de diminuir o outro, por meio de crítica gratuita, não construtiva e também a verificação de dolo. Enquanto perdurar tal atmosfera, a restrição à liberdade de expressão deverá funcionar como proposta

⁵⁵ ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. Liberdade de expressão e o discurso de ódio. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 44.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁸ MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146.

⁵⁹ SILVEIRA, Renata Machado da. *Op cit*, p. 80.

de luta direta contra o desrespeito, funcionando como reconhecimento de valores básicos como igualdade, tolerância e civilidade.

Sem pretender esgotar a temática comparativa, na Alemanha a negação ao Holocausto é considerada crime, e nos Estados Unidos, em que a limitação da liberdade de expressão é significativamente menor, não há tipificação sobre esse tipo de conduta. É bem verdade que o contexto histórico-cultural dos sujeitos muito influencia nas suas formações ideológicas. No que se refere ao continente europeu, promove-se política de tolerância zero ante manifestação intolerante, política essa adotada pós Segunda Guerra⁶⁰.

No ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, em contrapartida, resiste o entendimento concretizado pelos direitos adquiridos a partir da Primeira Emenda, em que o direito do indivíduo possui total liberdade para expor seu discurso. Esse pensamento pode ser identificado como uma vertente do liberalismo político - aquela denominada por Michael Sandel de *liberalismo-utilitário*⁶¹.

De acordo com essa visão, os valores fundamentais da liberdade devem ser preservados, não apenas pelo seu valor intrínseco, mas também pela realização máxima do bem-estar da sociedade⁶². A visão utilizada pelos americanos se justifica na construção de que nem mesmo o conteúdo odioso justifica a restrição à liberdade garantida na primeira emenda. São raros os casos em que a Suprema Corte americana tenha julgado legítima a restrição à liberdade de expressão quando

⁶⁰ ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. *Op cit*, p. 59-87.

⁶¹ SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1989.

⁶² FILHO, João T. C. *Op cit*, p. 90.

sopesada com outros valores em conflito⁶³. Portanto, pode-se depreender, aos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, que a liberdade de expressão não é absoluta, nem um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense⁶⁴.

De forma geral, o discurso de ódio é proferido por membros de uma maioria dominante e direcionado a grupos minoritários, traduzindo em profundas consequências no estatuto social de cada um dos membros deste último⁶⁵. O ato de estigmatizar, desqualificar e insultar grupos de mulheres, negros, homossexuais e outras minorias, tem como objetivo central negar um estatuto de igualdade aos seus destinatários, cerceando, como consequente, a igual dignidade da pessoa humana⁶⁶.

Destarte, a defesa do pluralismo é também uma defesa da tolerância, e no momento que vigora a intolerância, sobrevém o ocultamento e exclusão das minorias. Assim, haveria prevalência da liberdade de expressão sobre a dignidade dos ofendidos, onde a legitimação do discurso de ódio legitimaria o antagonismo entre eles⁶⁷.

É notável que o discurso de ódio em nada condiz com o ambiente de livre mercado de ideias, pois inviabiliza qualquer debate civilizado, visto que tende muito mais a um ataque do que a uma exposição livre de opiniões⁶⁸. Com a pluralidade da democracia contemporânea enforcada, tende-se a inviabilizar o caráter comunicativo da liberdade de expressão, não devendo esta ser aceita quando desrespeita os

⁶³ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁴ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. *Op cit*.

⁶⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Op cit*, p. 189.

⁶⁶ ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. *Op cit*, p. 44.

⁶⁷ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. *Op cit*, p. 345.

⁶⁸ FERREIRA, Gabriel Saraiva. Os limites da liberdade de expressão e a imunidade parlamentar. 2016. Dissertação. Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, pg. 12.

direitos do ofendido, já que tolerância significa respeito à alteridade e personalidade de todos que estão sob manto do Estado Democrático⁶⁹.

Nota-se que quando há tentativa de exclusão do exercício da cidadania de qualquer sujeito por meio de manifestação odiosa, viabiliza o comprometimento da própria democracia. Com efeito, Natália Araújo⁷⁰ diz que em que pese suas formas conceituais, não há uma forma inequívoca para identificar o discurso de ódio, ocasião em que sua identificação é realizada conforme o contexto inserido, a cultura, a história, os sujeitos envolvidos, os efeitos e, sobretudo, a compreensão de cada ordenamento jurídico em particular.

Nesse íterim, vale o destaque para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que serve para analisar e fiscalizar condutas de seus Estados-membros, além de garantir a preservação dos direitos humanos. No tocante ao tratamento do discurso de ódio, o TEDH estabelece a proibição à determinadas falas, como as que incitam ódio em razão da raça, religião ou etnia. Referido Tribunal é assentado na harmonização de valores, realizando o juízo da ponderação pelo princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade também é aplicado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, ora guardião da Constituição. Por vezes o STF encarou questões controvertidas acerca da liberdade de expressão, sendo o atual entendimento que quando caracterizado discurso de ódio, este deve ser proibido sob pena de ferir outros direitos fundamentais⁷¹. Vigora-se a posição intermediária, que não sufoca demasiadamente o direito à liberdade de expressão, mas que, ademais, poderá haver ponderação de valores no caso concreto.

⁶⁹ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. *Op. cit.*, pg. 346.

⁷⁰ ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. *Op cit.*, p. 47.

⁷¹ ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. *Op cit.*, p. 98.

Conclui-se que a possível limitação da liberdade de expressão será realizada após conferida a devida hermenêutica no caso concreto. Logo, o processo de interpretação do discurso é alcançado de maneira subjetiva, de acordo com o juízos valorativos e princípios fundamentais do Estado democrático de Direito. Referida subjetividade, de forma alguma, poderá servir como alicerce de discursos de ódio, visto que o limite para se expressar, ainda que nebuloso, é calcado em mera civilidade e sentimento de empatia.

CONCLUSÃO

Levantadas as devidas ponderações e ressalvas, e com consciência da imprescindibilidade da liberdade de expressão quando aventado o cerne de uma sociedade democrática, tal liberdade é ferramenta que garante a efetivação de outra gama de direitos, pois são postos em prática através da manifestação do indivíduo. Este direito fundamental não trouxe para a Constituição, ao longo dos anos do legislador constituinte, um alicerce para a violação de direitos que dizem respeito ao particular.

À vista de todo material exposto, constata-se que o critério da ponderação é o método hermenêutico utilizado quando da colisão de direitos fundamentais, respeitando a limitabilidade de toda manifestação de pensamento, mas não a restringindo previamente, o que restaria em censura. O uso da liberdade de expressão de maneira ilimitada incorre em ilícito penal, e ainda, poderão ser produzidos efeitos na esfera civil, quando acionada indenização por parte daquele que foi locutor do discurso odioso.

Depreende-se que a má definição do limite do discurso repousa justamente nos valores sociais e morais de cada sujeito, e por isto, não há método objetivo para o julgamento de casos que envolvam a liberdade de expressão. O que pauta o

diferencial do discurso de ódio para a liberdade de expressão é o que conduz a fala. Enquanto no primeiro, o vetor é movido pela ira e irracionalidade, no segundo se observa a legitimidade da crítica, podendo destacar-se como construtiva. No primeiro caso, o sentimento de preeminência é manifesto, pois não há desejo de diálogo, mas sim desavença⁷².

Pontua-se que da mesma forma que não há democracia constitucional sem uma dose reforçada de liberdade de expressão, também não há Estado democrático de Direito sem o respeito integral ao princípio da isonomia que requer o reconhecimento da diversidade, multiculturalismo e solidariedade⁷³.

Por fim, importante compreender que a hermenêutica destes casos é processada não apenas pelos operadores do direito, como legisladores e juízes, mas sim por todo aquele que vive num contexto regulado por normas. Em alguns casos, resta evidente a violação de princípios como da não-discriminação, igualdade, reciprocidade e principalmente da dignidade da pessoa humana.

Nesses eventos, perante a ausência de resposta imediata por parte do ordenamento jurídico, os membros de minorias são degradados e retirados da participação integral da sociedade. Como não há monopólio da interpretação dos eventos por somente uma Corte, todos que vivem no contexto democrático devem se atentar a mensagens de opressão, para reduzir desigualdades entre locutor e destinatário em discursos discriminatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Natália Ramos Nabuco de. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁷² SILVEIRA, Renata Machado da. *Op cit*, p. 79-85.

⁷³ PEREIRA, Rodolfo Viana. Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Belo Horizonte: Instituto para o desenvolvimento democrático, v. 1, 2018, p. 7.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade - Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.** Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

___ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, 1940.

___ Supremo Tribunal Federal - ADPF nº 130 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Data de Publicação: DJe 06/11/2010.

___ Supremo Tribunal Federal - ADI 4.451 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 21/06/2018, Data de Publicação: DJe 25/06/2018.

___ Supremo Tribunal Federal - ARE nº 891.647/SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/09/2015, Data de Publicação: DJe 20/10/2015.

___ Supremo Tribunal Federal - HC nº 82.424/RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Data de Publicação: DJe 19/03/2004.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano.** Revista de Direito público 15 – doutrina estrangeira, Tradução de Maria Angela Jardim Oliveira. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, João T. C. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão.** 2013, p. 349. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, Santa Catarina.

LELLIS, Lélío Maximino; Hees, Carlos Alexandre. **Manual de liberdade religiosa**. Editora Ideal, 1ª edição, Engenheiro Coelho.

LENZ, Fernanda Schirmer. **O tratamento jurídico da imunidade parlamentar em face do discurso de ódio: um conflito não previsto pela Constituição de 1988**. Curitiba: CRV, 2017.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra ed, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MELO, Juliane Andréa de M. H.; BONATO, Ariadne da Silveira. **Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RABELO, Raquel Santana. **Os limites da liberdade de expressão**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais em Espécie**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. 2007. Dissertação. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS, Belo Horizonte, Minas Gerais.

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E (ALGUNS) REFLEXOS NO DIREITO
PENAL**

*RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE REPERCUSSION IN CRIMINAL
LAW*

Isabela Maria STOCO¹

Marion BACH²

RESUMO

Conforme se observa do contido na legislação penal pátria, atualmente o julgador utiliza como parâmetro para aplicação da pena o denominado sistema trifásico. Na primeira fase de individualização da pena o magistrado deverá analisar as características elencadas no artigo 59 do Código Penal. Dentre as circunstâncias estabelecidas em lei, denota-se a análise dos *antecedentes* – conceito que gera importantes discussões doutrinárias. Isto porque, ao contrário do que se verifica para a agravante da reincidência (art. 61, I, Código Penal), cujo lapso temporal é de 05 (cinco) anos, a lei não fixa prazo para utilização dos (maus) antecedentes como causa de incremento na pena-base. Se tal constatação se faz de um lado, de outro é crescente na doutrina o estudo do denominado “Direito ao Esquecimento”, que possui

¹ Graduada no curso de Direito da FAE Centro Universitário. Estagiária de Direito no escritório Marion Bach Advocacia Criminal. E-mail: isabelamariastoco@gmail.com

² Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora da Graduação e da Pós-graduação da FAE Centro Universitário, do UNICURITIBA e da EMAP. Advogada Criminal. E-mail: marion@marionbach.com.br.

suas origens arraigadas no Direito Civil, mas que toca sensivelmente inúmeros aspectos do Direito Penal. Nesse sentido – e para o que importa para este trabalho – busca-se, através de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, identificar a aplicabilidade do referido instituto no Direito Penal, em especial no que diz respeito à sua utilização para a reabilitação do apenado, de modo que os (maus) antecedentes não tenham efeitos perpétuos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito ao Esquecimento; Antecedentes Criminais; Circunstâncias Judiciais.

ABSTRACT

According to the country's criminal law, the judge currently uses the three-phase system as a penalty application parameter. In the first phase of individualization of the sentence, the magistrate must analyze the characteristics listed in article 59 of the Penal Code. Among the circumstances established by law, there is an analysis of the criminal records - a concept that generates important doctrinal discussions. That's because, contrary to what happens for the recidivism aggravation (art. 61, I, Penal Code), whose time lapse is 05 (five) years, the law does not set a time limit for the use of (bad) criminal records as a way to increase the base penalty. If this consideration was made in a way, on the other hand, the study of the so-called "Right to be Forgotten" is growing in doctrine. The right to be forgotten has its origins established in Civil Law, but it also covers important aspects of Criminal Law. In this way, - and for what matters for this study – We seek, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, to identify the applicability of the referred in Criminal Law, in special concerning the use of rehabilitation to the people who are in custody, in order to the (bad) criminal records have no perpetual effects.

KEY-WORDS: Criminal Law; right to be forgotten; criminal records, judicial circumstances.

INTRODUÇÃO

Conforme se observa-se do contido da legislação penal, o Brasil adota, atualmente, o método trifásico para aplicação de pena. O artigo 68 da Codificação Penal estabelece, *in verbis*, que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Assim, observa-se o processo de individualização da pena será estabelecido em três fases distintas, embora interligadas entre si.³

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado se apoia nas circunstâncias judiciais constantes no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e, por fim, comportamento da vítima. Deverá o juiz – fundamentadamente - analisar todos os aspectos contidos na lei, para que a aplicação da pena se concretize de forma justa (porque ajustada).

Dentre tais circunstâncias, a dos antecedentes é que a gera maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Isto porque, ao revés do que ocorre com a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), em que a lei estipula prazo para geração de seus efeitos, qual seja, de 05 (cinco) anos após anterior condenação definitiva, a legislação não prevê prazo para extirpação dos maus antecedentes da ficha criminal do condenado.

A ausência de fixação de prazo pela lei, nos moldes acima explicitados, gera graves consequências práticas para o sujeito apenado. A consideração das referidas circunstâncias *ad eternum* não apenas afronta a vedação a *penas* de caráter perpétuo

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena, 6º edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p 150.

(art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República), mas é contrária às disposições referentes ao direito de ressocialização – e de recomeço - do condenado, previstas na lei infraconstitucional. Como exemplo, cita-se o exposto no artigo 93 do Código Penal⁴ e artigo 748 do Código de Processo Penal⁵. Deixa o Estado, desta forma, de cumprir o seu dever de ressocialização dos condenados e de assistência ao egresso.

Embora possa ter relevância em situações particulares, o fato é que a generalização decorrente da obrigatoriedade de aplicação das chamadas circunstâncias pessoais, acaba gerando um balizamento que tende a igualar todas as pessoas que tiveram a infelicidade de envolvimento em um fato criminal do passado. Na hipótese específica dos antecedentes, **eles passam a se constituir em marca indelével na vida pregressa do agente, como um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida, sendo que ele não ocorre com a reincidência (Código Penal; art. 64, I)**, tornando desarrazoada essa metodologia, pois não há valores diferentes a serem considerados.⁶ (grifo acrescido)

Diante deste cenário, essencial explorar a intersecção entre o Direito Penal e a doutrina do Direito ao Esquecimento, que cada vez mais se consolida no ordenamento jurídico pátrio.

Busca-se com a presente pesquisa, à luz dos preceitos trazidos na legislação penal brasileira – em especial no que toca à aplicação e execução da pena –, além

⁴ Art. 93, CP - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

⁵ Art. 748 - A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

⁶ PÊCEGO, Antonio José F. de S; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. ANTECEDENTES E REINICIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

da análise do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a possibilidade de utilização do Direito ao Esquecimento no Direito Penal, como forma de minimizar os efeitos diante da falha legislativa acerca do tema.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Origem do Instituto: retrospectiva histórica e conceituação

O artigo *The Right to Privacy*⁷, produzido por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicado na Harvard Law Review em 1980 trouxe à tona a discussão acerca da exposição da vida pessoal formulada por jornalistas. Amparados no *right to be let alone*, ou seja, “o direito de estar só”, tentaram dissociar o direito à privacidade do direito à propriedade, destacando que a cada indivíduo é assegurado o direito de determinar quais informações acerca de sua vida poderiam ser divulgadas a outras pessoas. Ao final, trouxeram que o *right to privacy* decorria da inviolabilidade da personalidade. No entanto, destacaram, também, que a publicação de fatos de interesse público não poderia ser impedida.

O que se observa a partir das recentes e aceleradas mutações sociais, é que o conceito de privacidade e vida privada vem se alterando, na medida em que os meios de comunicação e as redes sociais se desenvolvem:

O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade,

⁷ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Massachusetts, vol. IV, nº 05, dezembro/1890.

contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.⁸

Com a dissociação das características da vida pública e da vida privada é que surge a preocupação com o controle de informações divulgadas pela mídia. Isto porque a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, deve exercer o controle da circulação de seus dados após determinado período, podendo fazê-lo mediante supressão ou restrição, ainda que as informações sejam verídicas.⁹ Desta necessidade de controle de divulgações de determinadas informações é que se desenvolve um novo direito: o Direito ao Esquecimento.

Embora sua origem não remonte ao advento da *internet*, é correto se afirmar que o debate acerca do Direito ao Esquecimento se acentuou após o seu desenvolvimento. Outrora, o esquecimento era mera consequência do tempo. Hoje, graças ao desenvolvimento das tecnologias, algumas informações não conseguem ser esquecidas, informações estas que podem vir macular a honra, a intimidade, a dignidade da pessoa humana¹⁰. Nesse sentido, Viktor Mayer-Schönberger¹¹ afirma que a era digital, com seu armazenamento barato e acesso global facilitado, mudou a lógica humana entre esquecimento e memória: se antes a humanidade lutava para não esquecer, lembrar hoje é fácil e barato, enquanto esquecer se tornou difícil e caro.

⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade, 4ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

⁹ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em: 02 de dez. de 2018.

¹⁰ NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional, 3ª edição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 607-608.

¹¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Nova Jérsei: Princeton, 2009, 253 p. Resenha de: ACIOLI, Bruno de Lima. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 251-260, maio/ago. 2017.

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas.¹²

Patrícia Peck Pinheiro¹³ conceitua o Direito ao Esquecimento como “*o direito que qualquer ser humano possui de ter qualquer fato vexaminoso ligado a sua vida que afete diretamente sua reputação ser esquecido depois de um determinado lapso de tempo pela população através da não veiculação das informações sobre o fato pelas mídias.*” Representa, portanto, o reconhecimento jurídico à proteção da vida passada, através da proibição de se ter revelado (eternamente) o nome, a imagem e outras informações relativas à personalidade¹⁴.

Da simples leitura do conceito, possível concluir que o Direito ao Esquecimento pode estar relacionado, portanto, com a ressocialização condenados criminais.¹⁵

Reputa-se direito ao esquecimento a garantia de que os fatos desabonadores de uma biografia não devem ser perenizados, sob pena de eternizar-se o escárnio na memória coletiva e, com isso, inibir o progresso da pessoa a quem se atribui a desonra. Cuida-se, pois, do direito de não se penitenciar

¹² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 173.

¹³ PECK, Patrícia. **Direito Digital, 6ª edição**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 173.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 92.

¹⁵ TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao Esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

pelos erros mais remotos da vida. Em suma, de ver esquecidos os equívocos, infelicidades, tragédias, humilhações, crimes, escândalos, vexames, constrangimentos ou simplesmente escolhas que, dadas as circunstâncias atuais, não mais seriam realizadas.¹⁶

É certo asseverar que, com o decurso do tempo, novos direitos surgem e outros se renovam, a depender das pretensões da sociedade. Não é raro, portanto, que constantemente tenha-se que (re)visitar características de antigos direitos para que tenham aplicabilidade na situação atual. O Direito ao Esquecimento é um exemplo disso, eis que não está previsto expressamente na Constituição de 1988, não sendo, pois, um direito fundamental em sentido formal¹⁷. No entanto, diante da nova realidade informacional, seu debate é de todo necessário.

Diante do exposto e com o objetivo de trazer mais clareza ao assunto, passa-se a analisar alguns (famosos) casos que acenderam o debate acerca deste direito em âmbito global, em especial três deles: caso Marlene Dietrich, na França, caso Lebach, na Alemanha, e caso Melvin *versus* Reis, nos *Estados Unidos*.

2.1.1 Caso Marlene Dietrich (Tribunal de Paris)

A atriz Marlene Dietrich, protagonista de inúmeros filmes, teve um relacionamento exposto pela imprensa. O referido julgamento, citado por René Ariel

¹⁶ ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. MENDONÇA, Christopher. O Brasil está preparado para o Direito ao Esquecimento? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 105/2018, p. 77 – 95, jan–fev.

¹⁷ NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 607-608.

Dotti¹⁸, destacou que “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem a intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”.

René Ariel Dotti¹⁹, cita, ainda, que nesta oportunidade o Tribunal de Paris reconheceu que o direito ao esquecimento, “*uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz”.*”

2.1.2 Caso Melvin versus Reid (Tribunal de Apelação da Califórnia)

O caso Melvin versus Reid foi julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia em 1931. Neste caso, figurava como litigante Gabrielle Darley, prostituta acusada de homicídio no ano de 1918. No julgamento, a ré foi inocentada. Anos após a ocorrência do delito, Gabrielle constituiu família com Bernard Melvin. Nada obstante o decurso de lapso temporal considerável após a ocorrência do julgamento, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, no qual retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle.

O marido Melvin, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa, tendo a Corte californiana julgado procedente o pedido. Entendeu-se, no caso, que, ao ter uma vida correta, a pessoa tem o direito à felicidade, o qual inclui estar livre de ataques ao seu caráter e posição social. Embora não tenha assim referido explicitamente, o Tribunal reconheceu a existência do “Direito ao Esquecimento”.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 92.

2.1.3 Caso Lebach (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

Quatro soldados do exército Alemão, em 1969, foram assassinados, e um quinto gravemente ferido, para se efetuar um furto a um galpão de armamentos e munições. Os dois principais acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua, e um terceiro, partícipe do planejamento, foi condenado a seis anos de reclusão.

Quatro anos após o delito, uma rede de televisão alemã quis produzir um documentário. A reconstituição, além de detalhar o crime, focou numa suposta relação homossexual entre os condenados, o que resultou na exposição do nome e foto destes.

O terceiro acusado, já tendo cumprido mais da metade de sua pena, buscou a tutela do Estado alemão para que fosse garantido o seu direito ao esquecimento, haja vista ser parte do processo de ressocialização do criminoso, não podendo o condenado ser novamente julgado, dessa vez por juiz mais cruel: a opinião pública.

2.2 Utilização do Instituto Brasil: Casos Paradigmáticos

O Direito ao Esquecimento, no Brasil, embora não tenha disciplina explícita no ordenamento jurídico, encontra respaldo nas matérias referentes à tutela da privacidade e intimidade, cujo arcabouço é extraído dos artigos 5º, X, XI e XX da Carta Magna e dos artigos 20 e 21 da Codificação Civil.²⁰

Ainda, o Marco Civil da Internet (Lei nº 13.709 de 2014) inovou, ao trazer em seu artigo 7º, X, a disciplina sobre o tema (ainda que breve e, de certa forma, incompleta diante da complexidade do assunto). Referido dispositivo dispôs que se trata de um

²⁰ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em: 02 de dez. de 2018.

direito do usuário, *in verbis*: a “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.”.

Atentos à relevância do direito em questão e à necessidade de debater sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, durante a VI jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 531 que diz: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”.

Embora se verifique incipiente preocupação por parte do legislativo – havendo, inclusive, projetos de lei para disciplina do assunto -, a discussão no Brasil se iniciou, de fato, a partir de alguns casos paradigmáticos, como o caso “*Linha-Direta: o assassinato da Candelária*” e o “*Linha-direta: caso Aída Jacob Curi*”. Conforme se verá a seguir, ambos os julgamentos obtiveram diferentes resultados. A partir deste momento, a jurisprudência pátria passou a delinear critérios para invocação do direito em questão.

2.2.1 Caso “Linha-Direta: o assassinato da Candelária”

Em 23 de julho de 1993 ocorreu um dos crimes mais marcantes da história brasileira, episódio este que ficou conhecido como *Chacina da Candelária*²¹. Neste crime, oito jovens - dentre eles seis menores de idade - em situação de rua foram assassinados próximo à Igreja da Candelária, localizada na região central do Rio de Janeiro.

²¹ Memória Globo: **Chacina na Candelária**. Disponível em: <
<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/chacina-na-candelaria/jornal-nacional-sobre-a-chacina.htm>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

No ano de 2006, a história e os nuances do referido crime foram retratados no programa *Linha-Direta*, criado e reproduzido pela Rede Globo de Telecomunicações. Por conta do episódio, um dos acusados – que foi absolvido por unanimidade pelo conselho de sentença do tribunal de júri – ingressou com uma ação em face da emissora para reparar os danos causados pela exposição do acusado. Para tanto, o autor da demanda alegou que a rememoração do fato lhe expôs – novamente - ao ódio social. Pugnou, ao fim, pelo reconhecimento do Direito ao Esquecimento na hipótese.

Acompanhando o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o RESP nº 1.334.097 – RJ, entendeu casuisticamente que, no conflito entre o direito à liberdade de informação (art. 220, CR) e o direito à proteção da vida privada (art. 5º, X, CR), o Direito ao Esquecimento deveria prevalecer, nada obstante a licitude do conteúdo esposado.

2.2.2 Caso Aída Jacob Curi

Em 14 de julho de 1958, Aída Jacob Curi, uma jovem de classe média foi encontrada morta na Avenida Atlântica, próxima à Rua Miguel Lemos, no bairro de Copacabana, bairro da Zona Sul do Rio de Janeiro. Após o término das (conturbadas) investigações, concluiu-se que a jovem fora jogada do 12º andar do Edifício Rio-Nobre, após ser brutalmente estuprada por três homens, incluindo um menor de idade.

Em 2004, o programa *Linha-Direta* efetuou uma reportagem sobre o referido delito, onde explicitou detalhes do delito em questão. Diante do episódio, os irmãos de Aída Curi - Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi – interpuseram ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem contra a Rede Globo de Telecomunicações. Alegaram que a exibição reabriria feridas antigas na vida da família da vítima.

Na hipótese, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça casuisticamente entendeu que a liberdade de imprensa (art. 220, CR) deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts 5º, X e 220, §1º, Constituição da República), uma vez que os fatos revelavam notícia histórica de repercussão nacional. Portanto, entendendo tratar-se de dado histórico, o pedido de indenização por danos morais foi negado, assim como o de reparação de danos materiais, porquanto o uso da imagem foi feito de modo lícito.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO PENAL: (RE)PENSANDO OS MAUS ANTECEDENTES

3.1 Direito Penal e Temporalidade

Consoante se observa do ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios basilares que informam a matéria, o Direito Penal é regido todo por regras de *temporalidade*, ou seja, os institutos penais são caracterizados por uma delimitação temporal. Além do já citado lapso temporal (de 05 anos) para consideração da agravante da reincidência, é possível verificar outros exemplos em que esta característica se revela.

Ab initio, cita-se o esposado no artigo 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda a imposição de penas de caráter perpétuo. No mesmo sentido, alude-se ao exposto no artigo 75 do Código Penal, que dispõe que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

O artigo 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”. Na mesma linha, o artigo 748 do Código de Processo Penal situa que, concedida a reabilitação, “a condenação ou

condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.”.

Observa-se, ainda, a temporalidade prevista no instituto da prescrição (artigo 109, Código Penal) e da decadência (artigo 38, Código de Processo Penal).

3.2 Direito ao Esquecimento e Antecedentes Criminais: violação da regra de temporalidade?

Os antecedentes criminais são utilizados pelo magistrado para exasperação da pena-base, na primeira fase da dosagem da pena, sempre que a condenação não é considerada para fins de reincidência (art. 61, I, Código Penal).

No que diz respeito à caracterização dos maus antecedentes, a doutrina divide-se: a) a posição tradicional considera maus antecedentes os inquéritos, processos criminais em curso e absolvição por falta de provas e a extinção do feito pela prescrição; b) a posição crítica, por sua vez, considera maus antecedentes somente condenações criminais definitivas anteriores que não configuram reincidência, excluindo todas as outras hipóteses.²²

Conquanto presente a divergência doutrinária, considerando a previsão constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade), é correto afirmar que inquéritos policiais e ações penais em curso, bem como ações penais que obtiveram como resultado a absolvição por falta de provas ou mesmo a prescrição, não podem ser consideradas como antecedentes, sob pena de inconstitucionalidade²³. Tal entendimento, inclusive, encontra-se consolidado na Súmula 444 do Superior Tribunal

²² DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – parte geral, 3º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 52.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 404.

de Justiça, que dispõe: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena- base."

Ademais, parte da doutrina entende que os antecedentes não exasperam a pena do condenado de forma automática, devendo, para tanto, o magistrado analisar as condições sociais e o contexto vivenciado pelo acusado:

É importante notar que a presença de antecedentes não necessariamente significa que a balança da pena deva pesar em desfavor do condenado. É necessário analisar o tema contextualizadamente, o que significa **verificar as condicionantes sociológicas do apenado, no contexto do chamado princípio de coculpabilidade ou culpabilidade social, distribuindo a carga de reprovação entre o indivíduo e a sociedade, de acordo com o domínio de um e de outro a respeito do comportamento em questão.** Uma análise completa comporta discutir o histórico social de oportunidades do indivíduo e sua relação com o sistema repressor.²⁴ (grifo acrescido)

A reincidência, ao revés, surge no momento em que o agente comete um novo crime após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 63, Código Penal), desde que não tenha perpassado lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior (art. 64, I, Código Penal) e que o crime anterior não seja militar próprio ou político (art. 64, II, Código Penal). Tal instituto é uma agravante, analisada, portanto, na segunda fase da dosagem da pena.

A omissão legislativa no tocante ao estabelecimento de prazo para utilização dos antecedentes criminais viola a ideia da temporalidade debatida no tópico antecedente e, mais, é estigmatizante, uma vez impede que o apenado se (re)introduza na sociedade por completo.

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição.** São Paulo: Atlas, 01/2017, p. 841.

Aceitar esse efeito estigmatizante (maus antecedentes) é reconhecer o malfadado permanente etiquetamento, tão combatido pela moderna visão da criminologia crítica, colocando o condenado de outrora, por toda a sua vida, à margem da sociedade, dificultando sobremaneira a ressocialização do condenado e produzindo efeitos perversos em sua vida futura.²⁵

Neste espectro, é possível verificar que o Direito ao Esquecimento pode (e deve) ser utilizado como fundamento para reestabelecer a primariedade na certidão criminal do condenado. Leia-se: não obstante o registro conste das informações acessíveis ao magistrado, este não poderá considerá-la para fins de aumento de pena, pois tal medida viola uma série de princípios penais basilares:

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.²⁶

Embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha se direcionado no sentido da aplicabilidade do Direito ao Esquecimento no tocante aos antecedentes criminais, é notório que as decisões exaradas não estabeleceram critérios para a delimitação temporal dos antecedentes, limitando-se a referi-los como “muito antigos”

²⁵ PÊCEGO, Antônio José F. de S.; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional, 12ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 572.

ou a mencionar o “longo período decorrido desde as condenações” como nos casos do Recurso Especial nº 1707948²⁷ e *Habeas Corpus* nº 391015, respectivamente.

Assim, o aprofundamento da presente discussão – tanto na doutrina quanto na jurisprudência – é necessário para que se possam estabelecer novas diretrizes para a utilização (ou não utilização) dos maus antecedentes.

3.3 Antecedentes Criminais: Necessidade de Nova Interpretação

Diante do cenário exposto, verifica-se a necessidade de (re)visitação dos institutos da reincidência e maus antecedentes, bem como que, sistematicamente, se (re)pense na forma de sua utilização.

Assim, alguns autores propõem que os maus antecedentes devem observar a mesma regra temporal da reincidência. Neste espectro, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho²⁸, bem como Paganella Boschi, advogam que “*por uma questão de lógica, o lapso de cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena, que, segundo o art. 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve ser estendido também aos antecedentes para expurgar os efeitos da não primariedade*”.

No mesmo sentido, César Roberto Bitencourt²⁹ aponta a “*a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o*

²⁷ “A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Entretanto, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.” (STJ - REsp: 1707948 RJ 2017/0282003-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 10/04/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2018)

²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52.

²⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 1.717.

parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia.”

Por fim, Paulo César Busato³⁰ expõe o raciocínio lógico de que:

O sistema de fixação da pena (arts. 61, inciso I, e 64 do Código Penal) estabelece que uma condenação havida em prazo não superior a cinco anos do cumprimento da pena anterior caracteriza a reincidência, que é circunstância agravante genérica e, por outro lado, estabelece ser possível a declaração de reabilitação do condenado (art. 94 do Código Penal) quando passados dois anos da condenação, cumpridas certas condições, tenha mantido bom comportamento, o que inclui, por óbvio, a vedação a nova prática delitiva. Decorre da conjunção desses dois dispositivos que uma condenação ocorrida há mais de cinco anos, preservados os requisitos da reabilitação, jamais poderia ser considerada antecedente, em desfavor do réu, a menos que fosse admitida a flagrante incongruência entre a afirmação do Estado de que ele está reabilitado e, ao mesmo tempo, ele ser merecedor de uma pena diferenciada entre ele e aqueles que jamais foram condenados.

Além do entendimento exarado pela doutrina, podem-se trazer à discussão as seguintes questões: é necessário, de fato, que a legislação penal estabeleça os (maus) antecedentes como circunstância judicial que justifique o aumento da pena do condenado? Somente a existência da agravante da reincidência (art. 61, I do Código Penal) não bastaria para exasperação da pena do réu? Não seria, à luz do exposto nos tópicos anteriores, incompatível com a lógica do sistema penal a utilização dos (maus) antecedentes?

Diante desses questionamentos – e a fim de verticalizar o debate acerca da incompatibilidade da utilização dos maus antecedentes no ordenamento pátrio –

³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 842.

analisar-se-á a incompatibilidade da utilização dos (maus) antecedentes sob três aspectos: a) vedação às penas de caráter perpétuo; b) necessidade de observância ao princípio da legalidade; e, por fim, c) vedação ao *ne bis in idem*.

Em primeiro lugar, observa-se que a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria da pena em razão da existência de condenação anterior, sem considerar determinado lapso temporal, viola o exposto no artigo 5º, XLVII, “b” da Carta Magna, que diz respeito à vedação às penas de caráter perpétuo. Isto porque, a consideração dos maus antecedentes de forma indefinida faz com que um dos *efeitos* da condenação sejam suportadas pelo condenado de forma perpétua, em violação direta ao respectivo dispositivo constitucional.

Por conseguinte, a utilização dos maus antecedentes também viola o conteúdo do princípio da (estrita) legalidade que permeia o Direito Penal, uma vez que a construção do conceito dos maus antecedentes e sua distinção para o instituto da reincidência foi desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, e não propriamente pela legislação penal.

Em que pese as leis penais se utilizaram, frequentemente, da expressão maus antecedentes, a extensão dada a ela e até mesmo seu conceito são fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Assim, a interpretação de que os maus antecedentes se referem às condenações penais transitadas em julgado que não se prestam para efeitos de reincidência e sua utilização indistintamente no tempo para agravar a reprimenda do agente, não estão previstas em qualquer diploma legal, o que permite afirmar, desde logo, que tal interpretação fere o princípio da legalidade. O princípio da legalidade no âmbito penal ainda impõe que a lei penal deve ser precisa, delimitando a conduta lesiva e suas consequências e assim, impossibilitando a utilização do processo integrativo da analogia para preencher eventuais lacunas.³¹

³¹ TERRA, Lilian Sousa; ALVARENGA, Altair Resende. Os maus antecedentes são perpétuos? **Revista Curso Direito UNIFOR**, Formiga, v. 6, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2015

Por fim, observa-se que a consideração dos maus antecedentes – e, nesse ponto, também da reincidência - trata de violação à regra do *ne bis in idem*. Assim se infere, pois, em observância à regra em questão, o apenado não pode responder ser apenado vezes pela mesma conduta:³²

Ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se em verdade valorando e punindo uma segunda vez a infração anteriormente praticada, em relação à qual já foi o autor sentenciado, chegando-se por vezes a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em seis anos de reclusão (tráfico de droga), um aumento de dois terços em face da reincidência, aplicando pena definitiva de dez anos.

Diante do exposto, é necessário que a doutrina e jurisprudência (re)pensem a forma de utilização deste instituto como circunstância judicial de aumento de pena, uma vez que, conforme acima explicitado, mostra-se incompatível com outros aspectos do Direito Penal.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO PENAL E A INTERNET: REFLEXOS

Como se sabe, a *internet* trata-se de essencial ferramenta da vida moderna, a qual modificou a forma pela qual as pessoas compartilham e acessam informações. Além de ter se tornado essencial para o funcionamento de diversas estruturas, hodiernamente a sua utilização deixou de ser apenas uma necessidade e passou a

³² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral, 4º edição**. Rio de Janeiro, Editora Jumen Juris, 2008, p. 50.

ser um direito – o qual é consagrado pelo Marco Civil da Internet em seu artigo 7º -, dada a necessidade de informar e ser informado na atual dinâmica social.

Devido ao intenso fluxo de dados disponibilizado na rede, torna-se cada vez mais difícil controlar a utilização dos dados pessoais. Em decorrência disto, torna-se cada vez mais difícil excluir ou a desindexar determinada informação das redes. Essas são algumas das dificuldades advindas da *sociedade da informação*, que diz respeito à nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação, onde os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante transformação.³³

Além dos desafios de ordem técnica, haja vista a dificuldade de se exercer um efetivo controle sobre o ambiente virtual, em razão de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional da internet, **a elaboração de critérios para a seleção de conteúdo mostra-se de extrema relevância para a adequada ponderação de direitos, tendo em vista a subjetividade que envolve tanto a exclusão quanto a desindexação de determinado conteúdo.** Em regra, o intérprete deverá realizar um balanceamento de interesses existenciais composto, de um lado, pelos direitos à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, à informação, à memória e à verdade histórica e, de outro, pelos direitos à privacidade, à intimidade, à imagem, à honra e à identidade pessoal.³⁴ (grifo acrescentado)

³³ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 71-98, out. 2016.

³⁴ DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

Diante da sociedade de informação que vivemos, o Direito ao Esquecimento se mostra um desafio. A *internet*, repisa-se, como instrumento essencial da sociedade moderna, revolucionou as mídias sociais e tornou a memória algo que intimida a vida das pessoas. Isto porque, a qualquer momento, algo negativo ou vexatório – do passado - pode ser trazido à tona.

Assim, por vezes, dois direitos fundamentais entram em colisão: de um lado, tem-se o direito fundamental à informação e a liberdade de expressão (art. 5º, IX, Constituição da República); e, de outro, o direito à liberdade individual e a privacidade (art. 5º, X, XI e XII, Constituição da República).

Nestes casos, faz-se necessária a utilização da técnica interpretativa denominada ponderação. Conforme leciona Barroso³⁵, a ponderação é uma técnica de decisão própria para os chamados *hard cases*, que são aqueles que não comportam solução mediante subsunção, ou seja, a decisão, nesses casos, envolve escolhas valorativas. A análise do esquecimento, portanto, deve ser realizada casuisticamente, de acordo com as peculiaridades de cada caso, para que não haja violação de direitos.

Alguns autores³⁶ explicitam alguns critérios que devem ser observados nesta ponderação, quais sejam: a) o interesse público na divulgação da notícia; b) a atualidade e a pertinência da exposição do fato ou da informação; c) a veracidade do fato; d) a forma como o fato é ou será exposto; e) a essencialidade deste conteúdo para a transmissão da notícia; f) a expectativa de privacidade do retratado; g) o lugar

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional, tomo III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 20.

³⁶ DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

onde ocorreu o fato; e h) o papel desempenhado pela pessoa retratada na vida pública.

Além dos critérios trazidos pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência atual, também elenca critérios para o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, sendo eles: a) natureza de direito subjetivo; b) titularidade da pessoa a respeito de quem é a informação publicada; c) proibição da permanência ou de nova veiculação de informação mediante comunicação; d) exigência de indenização por danos patrimoniais e morais em decorrência da manutenção ou veiculação ilícita da informação; e) posição obrigacional passiva do sujeito que mantém, veicula ou publiciza a informação; f) ocorrência do sopesamento do interesse privado do ofendido e o interesse público na informação; e g) condição de que, com o passar do tempo, a informação originalmente publicada tenha perdido relevância.³⁷

Dentro do exposto, passa-se a analisar, nos tópicos seguintes, a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento em duas distintas hipóteses: a) no caso do réu condenado; b) no caso de réu absolvido.

4.1 Réu condenado, Internet e Direito ao Esquecimento

Haverá casos em que o Poder Judiciário terá de decidir sobre a retirada de informações – sobre condenações criminais anteriores - de *sítes* e redes sociais que, hoje, suprem e substituem, em muitos casos, a ficha de registros de antecedentes.

Embora não se possa estabelecer uma solução imediata para o conflito em questão, eis que a análise deve ser realizada com as nuances do caso sob análise, não pode passar despercebido pelo julgador que a legislação penal brasileira é permeada pela ideia de *ressocialização* do condenado. A inobservância desta

³⁷ COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 411-435.

condição pode dar azo ao cometimento de injustiças, impedir que o condenado se reabilite e persiga sua vida.

Assim, deve o julgador considerar que a legislação infraconstitucional garante que os condenados que já cumpriram pena têm *direito* ao sigilo da folha de antecedentes criminais (artigo 748 do Código de Processo Penal), assim como a exclusão dos registros da condenação e a reabilitação (artigos 93 e seguintes do Código Penal). Neste sentido, denota-se que a legislação penal, ao prever estes institutos, objetivou que o acusado, após o devido cumprimento da pena, se reinserisse na sociedade sem o estigma de “criminoso” – ou qualquer outro estigma.

Antigamente, a retirada da informação da ficha de registros era, por si só, suficiente para garantir ao condenado os direitos de ressocialização e reabilitação. Porém, não é o que hoje ocorre. Pouco adianta que a legislação penal garanta o direito ao recomeço e se preocupe em apagar os registros criminais do condenado, se, com um mero *googlar*, todas as informações sobre o seu passado venham à tona.

Ora, se o sujeito comete um ato delituoso, é devidamente apenado e cumpre, na íntegra, a sanção imposta, há que se reconhecer que a sua “dívida” com o Estado e com a sociedade está quitada, não sendo razoável que o erro cometido no passado – já pago – siga repercutindo juridicamente e tampouco socialmente.

Nesse ponto, é dizer: qualquer pessoa possui o direito ao recomeço. Sim, o direito ao recomeço caminha de mãos dadas com o direito à esperança e são decorrências lógicas de um sistema centralizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como bem salientou o Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto no caso “*Linha-direta: a chacina da Candelária*” (RESP 1.334.097 – RJ):

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento

jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

Assim, cumprida a pena daquele que é criminalmente condenado, nasce o direito de recomeçar uma vida sem estigmas e sem que o passado, seja jurídica ou seja socialmente, esteja sempre batendo à porta, razão pela qual há que se garantir o sigilo dos registros criminais mas, mais do que isso e sempre considerando a análise casuística, a retirada das informações inseridas na Internet a respeito do fato criminoso pretérito.

4.2 Réu absolvido, Internet e Direito ao Esquecimento

Observa-se, ainda, que o direito ao esquecimento – especificamente no que refere à Internet - não surge apenas nos casos de condenação com pena já cumprida e extinta, mas também nas situações de posterior absolvição ou nos casos em que o sujeito é condenado pela *opinião pública*, não obstante jamais tenha sido condenado pelo Poder Judiciário. Cita-se, a título exemplificativo, o caso da Escola Base³⁸.

Naturalmente, se há direito de alguém que comprovadamente errou, no passado, apagar tal erro e recomeçar a vida sem uma marca social eterna, após o cumprimento da sanção imposta, o mesmo se deve reconhecer para aquele que a) comprovadamente nunca errou (teve, portanto, uma absolvição com reconhecimento de inexistência de autoria ou materialidade, por exemplo) ou para aquele que nunca se comprovou juridicamente o erro (teve, portanto, absolvição por insuficiência probatória ou prescrição, por exemplo).

³⁸ SILVA, Gabriela de Barros. **Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

Acaso haja veiculação de informação sobre uma denúncia criminal e haja uma posterior absolvição, o acusado poderá solicitar que a informação (sobre a denúncia) seja retirada ou, ao menos, que a informação seja complementada (com os dados sobre a absolvição), de modo que aqueles que tenham acesso à informação, saibam do início, mas também do justo desfecho do processo criminal.

O mesmo há que se dizer sobre aqueles que não foram absolvidos, mas que jamais foram efetivamente condenados pelo Poder Judiciário. Ora, se o órgão competente não realizou tal julgamento, não pode a sociedade fazê-lo. Assim, há o direito do envolvido em solicitar que conste, da notícia veiculada, a informação de que a condenação judicial não se efetivou, seja por insuficiência probatória, seja por prescrição, seja pela razão que for.

Aqui, há que se recordar que um dos fundamentos da prescrição penal é justamente sancionar a demora estatal na efetivação do processo e da condenação. Assim, se advém um instituto que busca sancionar o Estado pela sua inércia, não parece razoável que tal instituto repercuta negativamente para o réu, que, nesse caso, jamais terá a oportunidade de comprovar a sua inocência. Assim, ao menos socialmente, o réu deve contar com a possibilidade de pleitear que as informações veiculadas na Internet sejam complementadas com a informação da não-condenação.

O mesmo raciocínio, por fim, pode ser aplicado às absolvições advindas da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Se o Estado não obteve êxito em produzir provas suficientes para embasar uma condenação, razão não há para que o acusado permaneça eternamente veiculado à informação de que foi acusado e processado. Terá tal acusado o direito de pleitear que a notícia seja complementada com a informação de que, ao término do julgamento, o crime não restou comprovado.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão e a luz de todo o exposto, é necessário que se repense a utilização dos antecedentes criminais – instituto que não conta com delimitação temporal - como circunstância para exasperação da pena-base: não é razoável que a condenação criminal de alguém repercuta perpetuamente, de modo a sopesar negativamente (e eternamente) na (próxima) pena imposta.

A ausência de estipulação de prazo pela lei, como visto, viola a ideia de temporalidade que caracteriza o Direito Penal e, conseqüentemente, viola os mais basilares princípios do Direito Penal. E é neste contexto que ganha relevância o Direito ao Esquecimento na seara penal, podendo ser compreendido como um verdadeiro direito ao recomeço ou direito à esperança.

Assim, embora já se tenham observados avanços no tocante à (não) utilização ilimitada dos antecedentes criminais para fins de aumento da pena-base - precipuamente pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal -, ainda é necessário que se estabeleçam critérios mais específicos que superem o vácuo legislativo existente em relação à matéria.

Por fim, necessário dar um passo além e reconhecer que, numa sociedade tão marcada pela informação (e informatização), a garantia de sigilo dos registros tornou-se insuficiente para o alcance da reabilitação e ressocialização do agente. É indispensável enfrentar a discussão sobre informações criminais que são publicadas na Internet e que violam, também, o Direito ao Esquecimento, o direito ao recomeço e o direito à esperança.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. MENDONÇA, Christopher. O Brasil está preparado para o Direito ao Esquecimento? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 105/2018, p. 77 – 95, Jan – Fev.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional, tomo III**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral, 23ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. ano 2. n. 3. Rio de Janeiro, jul.-set. 2013. Disponível em: [<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>]. Acesso em: 02.12.2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 841.

CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade, 4ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 411-435.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, 3º edição**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 404.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA EXPRESSÃO POSSÍVEL DO DIREITO À PRIVACIDADE. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 33-64, maio/jun. 2016.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – parte geral, 3º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 52.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Parte geral – 5ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age. Nova Jérsei: Princenton**, 2009, 253 p. Resenha de: ACIOLI, Bruno de Lima. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 251-260, maio/ago. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. **Revista dos Tribunais: RT**, São Paulo, v. 104, n. 960, p. 249-267, out. 2015.

Memória Globo: **Chacina na Candelária**. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/chacina-na-candelaria/jornal-nacional-sobre-a-chacina.htm>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional, 12ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 71-98, out. 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Análise Quanto ao Instituto da Reincidência no Sistema Jurídico Penal Brasileiro. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 88-95, fev./mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena, 6º edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional, 3ª edição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109 Jun./Set. 2014, p. 397-420.

PÊCEGO, Antonio José F. de S; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 183-198, jul./dez. 2013.

PECK, Patricia. **Direito Digital, 6º edição**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 173.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral, 4º edição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada, 3ª edição**. Atlas, 2014.

SILVA, Gabriela de Barros. **Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

TERRA, Lilian Sousa; ALVARENGA, Altair Resende. Os maus antecedentes são perpétuos? **Revista Curso Direito UNIFOR**, Formiga, v. 6, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2015.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. DIREITO AO ESQUECIMENTO: DIMENSÃO DA INTIMIDADE E IDENTIDADE PESSOAL. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao Esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Massachusetts, vol. IV, nº 05, dezembro/1890.

**ESTUDO SISTEMÁTICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO COM VISTAS À
DEFESA DA DEMOCRACIA**

*SYSTEMATIC STUDY OF THE STATE OF EXCEPTION WITH
DEMOCRACY DEFENSE VIEWS*

Stephany Lia BRONCA¹

Thaïs SAVEDRA de Andrade²

RESUMO

O ensaio em tela, pautado no método hipotético dedutivo, visa traçar parâmetros do que seria a democracia em sua essência, promessas deste regime a aqueles Estados que a adotam como sendo sua forma de governo, visando demonstrar suas rachaduras e difícil manutenção num possível Estado de exceção. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica fora evidenciada uma lógica quase que cronológica do conceito de Estado demonstrando as possíveis teorias de sua criação e elementos considerados intrínsecos a sua existência, permitindo assim, que a democracia encontrasse solo fértil a estabelecer-se, transformando seu povo em soberano,

¹ Graduada em Direito pela FAE- Campus São José dos Pinhais (2009), advogada, e-mail: stephanyliabronca@gmail.com.

² Doutoranda em Direito pela UFPR, com concentração em Direito Tributário, Mestre em Direito Pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, com bolsa da Fundação CAPES, graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e especializou-se em Direito Tributário pela mesma Instituição. Professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica e História do Direito. E-mail: thais.savedra@fae.edu.

soberania a qual é conceito de infinda importância a contextualização não só do Estado, mas, sendo ela também elemento essencial a existência da democracia. Em contrapartida, a ineficácia dos elementos estatais, sua constante modificação e evolução, a usurpação de competências, ativismo judiciário, má arquitetura da Suprema Corte, acúmulo de competências pode vir a causar uma rachadura no sistema democrático. Mostra-se ainda, insuficiente a simples separação de poderes. O que busca é uma análise subjetiva, ensejando um exame interpretativo dos elementos que compõe o Estado de exceção aos do sistema jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Estado de exceção, Soberania, Estado, Constituição.

ABSTRACT

This study, based on the hypothetical deductive method, aims to outline parameters of what democracy would be in its essence, promises of this regime to those States that adopt it as their form of government, aiming to demonstrate its breaks and difficult maintenance in a possible State of exception. Therefore, through bibliographic research, an almost chronological logic of the concept of State was demonstrated, demonstrating the possible theories of its creation and elements considered intrinsic to its existence, thus allowing democracy to find fertile soil to establish itself, transforming its people in sovereignty, sovereignty, which is a concept of endless importance, not only in the context of the State, but also in its essential element the existence of democracy. On the other hand, the ineffectiveness of the state elements, their constant modification and evolution, the usurpation of competences, judicial activism, poor architecture of the Supreme Court, accumulation of competences can come to cause a crack in the democratic system. The simple separation of powers is still insufficient. What he seeks is a subjective analysis, giving rise to an interpretative

examination of the elements that make up the State of exception to those of the national legal system.

KEYWORDS: democracy, State of exception, Sovereignty, State, Constitution.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, já em seu preâmbulo, e ao longo de todo texto constitucional, a democracia como sendo sua forma de governo. O Estado democrático de direito advindo pós períodos ditatoriais encontra-se hoje, questionado quanto a sua eficácia no sistema jurídico nacional.

O presente estudo busca demonstrar o problema da manutenção do Estado democrático e seus elementos, a partir do estudo do Estado de Exceção segundo Giorgio Agamben.

Nesse sentido, é fundamental que se conheça como se define o conceito de democracia, nascido em Atenas, sendo o resultado de uma reflexão política oriunda da construção da racionalidade proveniente de longos períodos de tirania. Pode ela ainda, ser apontada como sendo a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. Esta, também é considerada, como um instrumento de liberdade, dando ao cidadão a condição de agir como soberano na tomada de decisões do Estado.

Em continuidade, se analisará a estrutura geral do Estado, sendo este considerado uma organização política dotada de soberania, tendo em sua base o caráter de autodeterminação, verificando-se somente ser possível sua eficácia, quando há a comunhão de elementos que justifiquem sua existência.

Em seguida debruçar-nos-emos sobre os diversos elementos do Estado de exceção segundo a filosofia de Giorgio Agamben, com o fito de, identificarmos se tais características se encontram hoje veladas no cenário jurídico nacional.

Ademais, com fulcro de amoldar tal cenário na perspectiva nacional, serão explanadas quais condutas, por parte do poder judiciário, têm cooperado para que se possa encontrar a exceção nas rachaduras do sistema brasileiro. Ainda, demonstrar-se-á que a simples separação dos poderes, não tem dado eficácia a garantia da segurança jurídica.

O STF desempenha, dentro do cenário brasileiro, um papel de infinda importância ao exercício da democracia e garantia da segurança jurídica daquele que o invoca. A má estrutura dentro da Suprema Corte pode causar eventos danosos ao processo democrático. Além disso, tais condutas como a mutação constitucional e o ativismo judicial devem ser analisadas, sob esta ótica a fim de haja uma apreciação crítica e ética de determinados procedimentos a manutenção do Estado democrático de direito.

A utilidade essencial de todos os elementos trazidos aos leitores deste trabalho, é justamente o diagnóstico crítico das questões essenciais, que fazem com que a democracia possa garantir a soberania ao seu povo. A ausência destes, pautada em simples necessidade de interesses próprios daqueles que representam a nação e os julgadores, ou até mesmo de uma mudança na concepção de justiça, a fim de, legitimar ações as quais o ordenamento jurídico não suporta, são perigosas a falência do Estado democrático de direito.

2 A DEMOCRACIA

A democracia exerce um papel de extrema importância em relação aos regimes que a adotam como forma de governo. Em face deste motivo, torna-se imperiosa ampla discussão e constante revisita sobre o referido instituto, a fim de entender suas origens e os princípios que a norteiam, tendo a finalidade de atribuir maior efetividade à sua aplicação. Importante frisar que a democracia e seus dados

institucionais serão objeto do presente escrito, sem, contudo, a pretensão de esgotá-los, tendo em vista ser um tema sobre o qual a construção teórica e deliberação sempre devem ser bens perseguidos, a fim do fortalecimento do instituto.

2.1.1 Características gerais da democracia

Para conceituar democracia se faz primeiramente necessária a compressão do termo. O estado brasileiro é estruturado de forma que tal instituto se encontra estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e conseqüente explanação em todo texto constitucional, como sendo a forma de regime político brasileiro adotada em território nacional, onde o povo é quem exerce o papel de soberania, tomando as decisões políticas do Estado.

A democracia, porém, em sua extensão e aplicação é dotada de características gerais. Tais características são intrínsecas aos diversos regimes que se intitulam democráticos no mundo, sendo imprescindível apontar seus aspectos e breve análise de sua origem.

Para Norberto Bobbio (1980, p. 120) a "república compreende (...) tanto a aristocracia quanto a democracia, conforme o poder seja exercido por 'todo o povo' ou 'só uma parte'".

Quanto ao seu nascimento, nas palavras de Dallari (2007, p. 147), pode-se dizer que:

O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como Locke e Rousseau embora estes não tivessem chegado a propor adoção de governos democráticos, tendo mesmo Rousseau externado seu descrédito neles.

No século XVIII, Rousseau e Kant perceberam a valorosa relação existente entre direitos humanos e soberania popular, pois o conceito de vontade geral do genebrino e de vontade unificado do povo de Kant leva em consideração que qualquer cidadão ao deter o poder e o exercício de legislar, pode ser arbitrário. O povo, sendo assim, é quem seria então capaz de legislar por sua condição de protagonismo no cenário democrático sendo ele, em essência o principal interessado na questão legislativa, acabando assim, por não cometer injustiças (HABERMAS, 1994, p. 636-637).

Hans Kelsen (2000, p. 406) diz ser clara relação entre os direitos fundamentais e a democracia, sendo o primeiro eficaz quando o segundo atinge sua plenitude. Em suas palavras:

“Politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele “deve” fazer, segundo a ordem social, coincide com o que ele que fazer. Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica a vontade dos sujeitos.”

Ainda, quando se fala de democracia é imprescindível destacarmos a importante consideração de Robert Dahl (2005, p. 26) a conceituar tal instituto. Em sua concepção a essência desse instituto é a “contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais.” Considera o termo democracia um sistema político onde uma das suas principais características versa sobre a responsabilidade dos cidadãos os quais estão sob sua proteção:

Para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas:

1. De formular suas preferências;

2. De expressar suas preferências e seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva;
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

Tais condições supracitadas acima são necessárias a existência da democracia, ainda que não sejam suficientes a sua plenitude. Porém, para que tais elementos existam e sejam eficazes a grandes Estados-nações se faz necessário o fornecimento concomitante de oito garantias:

TABELA 1 – Alguns requisitos de uma democracia para um grande número de pessoas

Para a oportunidade de:	São necessárias as seguintes garantias institucionais:
I. Formular preferências	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Direito de líderes políticos disputarem apoio 5. Fontes alternativas de informação
II. Exprimir preferências	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Elegibilidade para cargos políticos 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio 6. Fontes alternativas de informação 7. Eleições livres e idôneas
III. Ter preferências igualmente consideradas na conduta do governo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Elegibilidade para cargos políticos 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio 5a. Direito de líderes políticos disputarem votos 6. Fontes alternativas de informação 7. Eleições livres e idôneas

8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência

FONTE: DAHL, Robert. A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciomik. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 27.

Tanto numa concepção histórica, como moderna, os regimes variam conforme tais elementos demonstrados acima sofrem mutações, em que estão “abertamente disponíveis, são publicamente utilizados e plenamente garantidos” ao menos para alguns membros do sistema político que queiram contestar a conduta do governo. Assim, tal escala qual represente tais condições poderiam ser usada como comparativo a diferentes regimes (DAHL, 2005, p. 28).

A democracia é instrumento da liberdade, uma vez que certos tipos de direitos, liberdades e oportunidades são essenciais para o processo democrático em si e devem existir enquanto existir o processo. Isso inclui o direito à livre expressão, à organização política, à oposição, a eleições justas e livres (DAHL, 2001, p 137,8).

Em contrapartida, para José Afonso da Silva (2016, p. 126-127), democracia é:

[...] conceito histórico, não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo lhe o conteúdo a cada etapa social, mantido sempre o princípio básico de que ela releva um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história.

A democracia, assim, expande até os limites máximos a oportunidade de autogovernar-se, de obedecer a leis que o próprio indivíduo escolheu, de ter autodeterminação, sendo isso um fim desejável a tal instituto (DAHL, 2001, p. 138).

3 O ESTADO

Para compreensão da ideia central do presente trabalho se faz indispensável a contextualização de Estado como sendo uma organização política dotada de soberania, tendo como um de seus pilares o caráter de autodeterminar-se de forma mais ampla possível, fazendo com que todo e qualquer indivíduo pertencente a ele, esteja sujeito a sua égide (LIMA, 1971, p. 21).

Segundo Darcy Azambuja (2005, p. 4):

Com exceção da família, a que, pelo nascimento o homem forçosamente pertence, mas de cuja sua tutela se liberta com a maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades.

3.1 Da origem do Estado

O Estado como sendo a ordem política que regula a sociedade é conhecida desde os primórdios, porém, nem sempre foi o mesmo e tão pouco abarcou a mesma realidade a qual vivemos na atualidade (BONAVIDES, p. 73, 1977).

Para Pietro de Jesus Lora Alarcón (2011, p. 63) “o estado surge como resultado das leis naturais que regem o desenvolvimento social e que também ocasionam as transformações estatais posteriore”.

O Estado, sob a concepção da antiguidade, **era** caracterizado como sendo a solidificação de todos os elementos os quais formavam uma “cidade”. Dela é que se propagavam todas as manifestações de força e poder. Assim, a cidade era ponderada como sendo a cabeça do corpo o qual formava todo o Império. (BONAVIDES,2012, p. 34).

Hoje, as concepções os quais adotamos de Estado foram fortemente influenciadas pelas civilizações antigas. Na Grécia por exemplo, dava-se o nome de “*Cidades-estados*”, utilizando-se o termo “*polis*” para representar “*cidade*”. A palavra política usada a referir-se como sendo a “*ciência do Estado*”, adveio da Grécia. Ainda, em Roma, utilizava-se o termo “*civitas*” cujo significado traduzia o mesmo sentido de “*polis*”, juntamente da expressão “*res/ publica*” (LIMA, 1971, p. 21).

Maquiavel (2000, p. 165) na história foi o primeiro a falar de Estado como sendo uma unidade política. Tal definição:

[...] a história é mestra de nossos atos e máximas dos príncipes; e o mundo sempre foi, de certa forma, habitado por homens que sempre têm paixões iguais; e sempre houve quem serve e quem ordena, e quem serve de má vontade e quem serve de boa vontade, e quem se rebela e se rende.

Tal conceito, encontra-se ultrapassado aos conceitos de Estado Moderno. O Estado não pode ser confundido com a sociedade em particular, nem mesmo com a sociedade em geral. O seu objetivo central é de ordem e defesa social, diferenciando-o de outros institutos organizacionais. Para que se possa atingir tal finalidade a qual é pautada no conceito de bem público, o Estado se utiliza de vários meios que variam conforme sua época, o povo o qual está sob sua égide, costumes e cultura. Diante disso, entende-se que o Estado existe para a realização do bem público e por isso tem autoridade, dispondo de poder o qual manifesta-se pela força para fazer valer a sua soberania (AZAMBUJA, 2005, p. 5).

Assim, é possível afirmar que o Estado só adquire forças quando advém da vontade geral, a qual é o objetivo central deste instituto, sendo ele o bem comum, pois “se a oposição dos interesses particulares tomou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que as tornou possível.” Tais fatores representam o liame que se faz entre interesses antagônicos. Se não houvesse tal ligação a qual harmoniza os conflitos, não haveria como se falar em sociedade. A sociedade, assim sendo é pautada na existência dos interesses comuns (ROUSSEAU, 2014, p. 41).

Por fim e não menos importante, tal qual o consideramos hoje, o Estado pode ser visto como instituição jurídica, tendo o poder de promover normas, sendo essa sua principal função: a legislativa. Ao Estado cabe editar normas comportamentais visando a convivência pacífica dos seus integrantes, e, executá-las, julgando as respectivas infrações cometidas por seus cidadãos através do poder judiciário (BASTOS, 2004, p. 65).

3.3 O Estado Moderno

O Estado evolui de acordo com a sociedade, e por isto, é considerado mutável. Assim, segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 59):

O estado nunca está imóvel ele se encontra em transformação permanente acompanhado a própria evolução da sociedade, o desenvolvimento da estrutura das classes, a heterogeneidade das situações da vida social.

A modernidade traz consigo o sentido de “guerra total” em que a capacidade de destruição total fora ampliada quando do uso das armas de guerra (armas nucleares). Tal conceito produz diversas formas sociais, tal qual a mais importante refere-se ao “Estado-nação”. A sociologia trata a sociedade como seu objeto. Tal sociedade numa concepção moderna é chamada de estado-nação mesmo em muito

sendo velada, agora exteriorizada. Partindo do ponto de vista de um organismo sociopolítico o estado-nação é antagônico a outros tipos de ordem tradicional (GIDDENS, 1991, p. 21).

O Estado moderno, se inaugura em uma primeira versão dotado do caráter absolutista, visando atender as necessidades do capitalismo o qual transcendeu o período medieval. O Estado devido a sua constante evolução, se aperfeiçoa a todo tempo. Leva-se em consideração ao desenvolvimento do Estado as condições “econômicos-sociais” que o fazem agir de certa forma a garantir que tais condições venham a ser atendidas de forma eficaz (STRECK; MORAIS, 2006, p. 28).

3.4 O Estado de Exceção

3.4.1 Características do Estado de exceção

A teoria que versa sobre o estado de exceção apresenta uma série de impasses a fim da contextualização ligada à sua terminologia. Para Rafael Valim (2017, p. 17-18): “É comum a confusão entre os significados que a exceção assume nos diversos domínios do conhecimento o que naturalmente dificulta ainda mais seu exame”.

O Estado, tem, em sua essência dentro do seu território manter a pacificidade, tal qual determina a sua manutenção. Já a exceção é pautada na necessidade de manutenção da Constituição a qual garante aos indivíduos que estão sob a égide do Estado, paz social (DYNIEWICZ, 2016, p. 30).

No campo da dogmática- jurídica a exceção é apresentada sob diversos aspectos. Pode ser figurada como a “teoria das circunstâncias excepcionais” no direito administrativo, convencionado pelo Estado Francês no aresto *Heyriès*, onde, em períodos de crise o poder público fora dotado de artifícios os quais não integravam um ordenamento jurídico, objetivando a garantia da prestação e continuidade dos serviços

públicos. Sob a égide constitucional, o estado de exceção é intitulado como “estado de urgência”, “estado de emergência”, “estado de sítio”, “ditadura constitucional” e “governo constitucional de crise”. Nesse aspecto, a exceção é apontada como a prerrogativa que o poder executivo se equivale de situações as quais não se encontravam previstas em seu ordenamento, ultrapassando os limites da normalidade, intituladas como situações de “calamidade”. Em termos constitucionais conhecemos como sendo Estado de defesa e Estado de sítio (VALIM, 2017, p. 20).

Ainda, no sentido da teoria política, a exceção é considerada como um modelo de governo de praxe nos tempos modernos. O Estado de exceção nesse sentido, é compreendido como sendo “permanente”, onde, deixa de vigorar o ordenamento legal, a fim de resolução de conflitos, ocorrendo aos poucos a institucionalizada substituição das “formas de controle social” para as de violência física (VALIM, 2017, p. 21).

Segundo Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz (2016, p. 30):

O Estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. A exceção, não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permite, para Schmitt, que se chegue à essência do direito. A situação excepcional não é anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. O Estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer

Em contraponto, Carl Schmitt, se pauta no fato da exceção ser uma “estratégia da repolitização da ordem jurídica liberal, é de reconhecer-se que a exceção aniquila tanto o Direito como a Política” (VALIM, 2017, p. 28-29).

Gilberto Bercovici (2004, p. 66) aduz que:

A situação excepcional não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. Não

existe uma norma que possa ser aplicada no caos. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma.

A partir das perspectivas gerais que versam sobre o Estado de exceção, há a necessidade de o diferenciarmos de regimes os quais podem confundir-se com este, passando a partir de agora, a expor aspectos que os demonstram antagônicos em sua essência.

3.6 O Estado De Exceção Segundo Giorgio Agamben

O Estado de exceção, situa-se onde a lei não está. Tal medida excepcional, encontra-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não abrangidas pelo direito. Giorgio Agamben, estreia sua obra dizendo que o estado de exceção, apresenta-se como a “forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 7).

Tarefa difícil a de definir estado de exceção sob o ponto de vista da “guerra civil, da insurreição e resistência”. Tais elementos fogem do caráter de normalidade do estado, onde, a guerra civil situa-se numa zona de “indecidibilidade”, e o estado de exceção no campo da medida imediata como solução de conflitos internos de extrema complexibilidade (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Para tal contextualização de tal conceito, toma-se o Estado Nazista como parâmetro. Logo que Hitler teve para si o poder, ou nas palavras de Agamben (2004, p. 12) “o mal poder que lhe foi entregue”, promulgou o “Decreto para a proteção do povo e do Estado” nome que fora dado a tal medida, que suspendeu de forma imediata as liberdades individuais previstas na Constituição de Weimar. Tal decreto suspensivo jamais fora revogado, onde, o Terceiro Reich em perspectivas jurídicas fora considerado como sendo um estado de exceção cuja duração perdurou por 12 anos.

O Estado de exceção tem se apresentado como protótipo aos governos no cenário contemporâneo. Utilizar-se de técnicas excepcionais a torná-las como regra num dado governo, ameaça, de forma radical e perceptível os fins, objetivos e estruturas de diversas constituições. Assim, “o estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Há diversidade de posicionamentos doutrinários a fim de atribuir a natureza do Estado de exceção. Tal divisão é pautada entre aqueles os quais acreditam ser ele pertencente ao ordenamento jurídico, e outros, que consideram que o Estado de exceção está além desse ordenamento, sendo, portanto, extrajurídico. Em verdade, ele não está nem dentro e nem fora de tal ordenamento. Nas palavras de Agamben (2004, p. 38-39) “o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam”. Logo, a dificuldade de compreensão está pautada na identificação de sua localização.

Destarte, há também quem diga ser o estado de exceção um estado de necessidade, assim, *necessitas non legem non habet*. Tal aspecto deve ser considerado sob duas vertentes: Uma funda-se no fato de que a “necessidade não reconhece nenhuma lei” e, sob a *necessite fait loi*. Tais teorias aludem sob o estado de necessidade e de fato o resolve quando “o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema de legitimidade daquele”. A necessidade tende a ser utilizada como dar legalidade ao que é ilegal, agindo de forma a justificar uma ilicitude por meio de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Acredita-se assim, que o Estado de exceção tem sua problemática na teoria jurídica, e nas lacunas do direito. Lacuna estas que não se referem a falta de texto normativo, mas sim, da suspensão da normatividade em sua aplicação. Deste modo, o estado de exceção pode ser considerado uma falsa lacuna no mundo das normas (AGAMBEN, 2004, p. 48).

Igualmente, é de infinda importância e destaque de tal aspecto nas palavras de Giorgio Agamben (2004, p. 48-49), vez que tal sentido traduz o que na sua concepção tende a ser a essência do estado de exceção:

É como se o direito contivesse uma fratura especial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tão permanece em vigor.

Assim, o estado de exceção é, uma lacuna em que a norma e sua aplicação separam-se. Onde uma lei “aplica, desaplicando” uma norma a qual fora suspensa. A norma e a realidade aproximam-se pela exceção, a qual torna-se requisito para tal relação. Isso implica no fato de que, para que uma norma seja aplicada se faz necessário suspender sua aplicação a fim de produzir uma exceção (AGAMBEN, 2004, p. 63).

4 A DIFÍCIL DEFESA DA DEMOCRACIA NUM ESTADO DE EXCEÇÃO

Por si só o Estado Democrático de Direito tem seus embaraços a efetivar-se. A promessa da democracia nunca se desenvolveu plenamente, vez que se trata de uma forma de governo altamente complexa. As rachaduras nesse sistema fizeram com que a exceção encontrasse um solo fértil a tornar-se regra. A ruptura com o conceito até aqui desenhado será o tema, a partir de agora, desvelado, partindo-se da seguinte questão: será que o que se categoriza como democracia, em muitos países do momento histórico atual, é realmente a prática plena da democracia, ou somente desfruta-se de alguns poucos elementos de sua essência?

A democracia, e sua conseqüente positivação no ordenamento jurídico, não são suficientes a garantia dos elementos intrínsecos ao Estado Democrático de

Direito. Para que tal regime venha a ser efetivo, é necessário que seja garantido ao indivíduo que está sob a proteção do Estado seus direitos fundamentais, políticos e sociais, instrumentos de empoderamento do cidadão a fim de que exerçam o poder de forma plena (PINHEIRO, 2013, p. 174).

Numa concepção moderna, estabelece-se um liame entre a democracia e as liberdades individuais conquistadas pós Revolução Francesa. Os estados resguardaram ideias de soberania, tais quais juntamente dos sociais são hoje resguardados por uma constituição (PINHEIRO, 2013, p. 175).

4.1 A democracia como declínio

A tratativa aqui abordada refere-se aos perigos internos dos regimes democráticos, os quais derivam tanto da extrema direita quanto da esquerda no sentido ideológico. Tais promessas não cumpridas formaram obstáculos e enfraqueceram a democracia, mas, ainda não a tornaram como sendo um regime autocrático. A diferença essencial dos antagônicos regimes permanece em suas essências. O conteúdo mínimo do estado não encolheu a restringir liberdades, direito ao sufrágio, eleições periódicas etc. O que de fato existem são democracias mais sólidas e menos sólidas, mais sujeitas a vulnerabilidade e menos. Falta um extenso caminho a ser percorrido para que a democracia atinja seu ideal almejado, mas, jamais pode-se confundi-la com um regime totalitário ou autoritário. (BOBBIO, 2000, p. 50).

Ultimando, Norberto Bobbio (2000, p. 50) afirma não ter até então identificado guerras por Estados os quais adotam a democracia como sua forma de governo, mas, isso não quer dizer que não existam conflitos entre si. Usa como referência o artigo desenvolvido por Kant o qual aborda um possível acordo de paz onde cada Estado (constituição) deva ser republicana. Porém, o conceito e ideal de república tratado por Kant não expressa o sentido de democracia o qual vive-se hoje, entretanto, o fato de

que a constituição de cada Estado limitasse a guerra foi de infinda sabedoria vez que houve diversos projetos exprimindo tal sentido. As objeções feitas a explanação de Kant versaram sobre a universalidade a qual vale não somente aos estados democráticos, mas, a todos. Porém, poucos são os Estados que assumem como sua bandeira a paz perpétua.

4.2 Os espaços de exceção no cenário político-jurídico nacional

O estado de exceção, descrito por Agamben e explanado na presente, encontra, em regimes democráticos mais frágeis, campo fértil a legitimar-se. Em se tratando da democracia brasileira, que conta apenas com trinta anos, é possível apontar elementos pertinentes a uma fragilização do sistema, dados identificáveis com as características de um regime excepcional, conforme se exporá.

4.2.1 Princípio da Separação dos Poderes

O Estado tem em sua estrutura a função de legislar, governar e julgar. Na definição de José Afonso da Silva esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota (2009). Consta em seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. As primeiras bases teóricas para a “tripartição dos poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles.

Percebe-se, pois, que Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, que eram exercidas por um único órgão (LENZA, 2011).

Assim, o valor de sua descoberta é muito relativo, já que não influenciou a separação dos poderes propriamente dita, mas, como bem ressaltou Zulmar Fachin, (2009, p. 208) “foi com a descoberta de Aristóteles que, pela primeira vez, no campo teórico, falou-se na necessidade de distribuir a tarefa de exercer o poder político”

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. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16 (LENZA, 2011, p. 433).

As funções legislativa, executiva e judiciária podem ser claramente delimitadas dentro do sistema constitucional pátrio. Ao tratar do tema, José Afonso da Silva faz as seguintes considerações: A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse (SILVA, 2009, p. 108).

Assim, o sistema de separação dos poderes foi consagrado nas Constituições de quase todo mundo, associando-se à ideia de Estado Democrático. Destaca-se, porém, que ele foi adotado de maneira abrandada, já que diante das realidades sociais e históricas, foi-se permitindo maior interpenetração entre os Poderes, atenuando-se, portanto, a teoria que apregoava a separação absoluta dos mesmos (LENZA, 2011).

O constitucionalista português trata, ainda, da harmonia entre os poderes: verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. 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, 2009, p. 110).

O chamado sistema de “freios e contrapesos” pode ser compreendido como a inter-relação dos poderes de forma harmônica, em que cada qual mantém o seu âmbito de independência e autonomia em relação aos demais, permitindo que ao se atribuir funções do poder a diferentes mãos, estas controlariam umas às outras com vistas a evitar o arbítrio, fornecendo, por consequência, condições para o respeito aos direitos individuais (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006).

Por fim, importa destacar que atualmente os poderes exercem funções típicas (ou predominantes) que são inerentes à sua natureza, como, por exemplo, o ato de legislar, que cabe, ínsitivamente, ao Poder Legislativo; e atípicas, que são de natureza típica dos outros órgãos, como a adoção de medidas provisórias (natureza legislativa) pelo Poder Executivo. O exercício de tais funções não fere o princípio da separação de Poderes, já que tais competências foram asseguradas constitucionalmente pelo constituinte originário. A atribuição de tais funções visou, primordialmente, facilitar o exercício de determinadas funções de cunho prático e administrativo que têm ligação direta com a função típica do poder.

A separação dos poderes tornou-se um dogma no Estado moderno; mesmo mostrando-se inadequada frente à organização atual e as necessidades sociais, ainda há um grande temor em afrontá-la expressamente. Busca-se, portanto, outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da

separação dos poderes – como é o caso da edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo. As soluções artificiais buscadas para sustentar a separação dos poderes mantêm uma organização sem manter o funcionamento que determinou sua criação. Exigem-se efetivas garantias de liberdade para todos, e uma atuação democrática do Estado, requerendo deste maior dinamismo e presença constante na vida social, o que se mostra incompatível com a tradicional separação de poderes. Faz-se necessário o reconhecimento da superação do dogma da rígida separação formal, reorganizando-se, por consequência, o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos de direito (DALLARI, 2007).

A efetivação dos direitos fundamentais justifica, atualmente, a relativização da separação dos poderes; não pode aquele que se exime de realizar uma conduta que lhe é constitucionalmente imputada clamar pela garantia da tripartição e manter-se inerte em sua atividade típica.

4.2.2 Ativismo Judicial

Primordialmente, entende-se por ativismo judicial o feito no qual o Poder Judiciário, representado por aqueles investidos na magistratura os quais ao exercer seu poder decisório, passam a exprimir, de forma determinada e além dos limites constitucionais, atribuições as quais são inerentes a outros poderes. Tal sentido pode ser percebido tanto ao exercício da prestação jurisdicional por meio dos autos do processo, como também de forma externa aos autos. Da mesma maneira é percebido em entrevistas, discursos e pronunciamentos. O ativismo extrajurisdicional torna explícita uma dimensão de “politização do judiciário”.

O termo “Ativismo judicial” fora utilizado por Arthur Schlesinger pela primeira vez em 1947, em um artigo na revista Fortune. Hoje, o uso de tal termo tornou-se cotidiano. Uma pesquisa realizada por Kmiec (2004) demonstrou que a utilização do termo em decisões judiciais e produções científicas nos Estados Unidos passou de

pouquíssimas ocorrências nos anos de 1950 e 1960 a centenas nas décadas seguintes.

A questão acerca do Ativismo Judicial tem sua ideia central pautada na autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisões onde há lacunas entre os dados jurídicos e fáticos de uma situação sob julgamento e da construção do caso para a decisão. A questão principal tangente ao ativismo, incorpora tal discussão, colocando sob a perspectiva do papel do Poder Judiciário, o modelo de decisão agregado ao comportamento adotado pelo juiz adequados a uma ordem constitucional e democrática. (KOERNER, 2013)

Numa perspectiva nacional há diversos precedentes acerca de posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, as quais são expressas por linhas antagônicas de decisão. Dentre elas, nas palavras de Barroso (2010):

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

O ativismo judicial consiste na faculdade que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direito constitucionalmente assegurado, mas que esteja sendo inviabilizado por omissão normativa injustificada do Estado. Somente cabe a intervenção judicial ativista diante das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Não cabe a intervenção judicial nas hipóteses que exijam a exclusiva intervenção do legislador ou do administrador. (MARTINS, 2015, p. 193)

Segundo José Afonso da Silva (2013,) o ativismo judicial é “uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”. Para ele o ativismo judicial se caracteriza por “um modo proativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, julgam além do caso concreto e criam novas construções constitucionais.”

José Afonso da Silva (2015) observa, ainda, que o Poder Judiciário só pode prosseguir quando o Poder Legislativo não regulou inteiramente a matéria ou regulou de forma deficiente, em síntese, “onde há decisão política, respeita-se; onde não há decisão política, é preciso resolver o problema; mais que isso, onde haja um direito fundamental e de sua maioria, o Judiciário precisa intervir.”

Os críticos acerca do ativismo judicial asseguram que tais práticas acarretam:

- a) O enfraquecimento dos poderes previamente constituídos e separados;
- b) A falta de participação política ferindo preceitos democráticos, vez que não foi o povo investido em sua soberania quem elegeu os magistrados a tomadas de decisões que cabiam por exemplo aos poderes executivo e legislativo;
- c) Alienação popular;
- d) Há o estabelecimento do “clientelismo”, onde a oportunidade de ingressar ao judiciário não pertence mais a todo e qualquer um;
- e) Erradica a prévia existência de critérios a tomadas de decisões e estruturação vez que tudo pode ser feito pautado pura e simplesmente no ideal de justiça;
- f) Ocorre a exposição demasiada do Poder

Judiciário; g) Possibilidade de acomodação dos demais poderes (MONTEIRO, 2010, p. 170).

Sob uma perspectiva nacional, o Congresso por exemplo, exerce mais funções fiscalizadoras, através das CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito), do que a função estrutural que é de formular leis as que permitam que a Magna Carta venha a ser cumprida. Essa afirmação é constatada pela "(...) omissão de longa data do Congresso em suprir lacunas da legislação, já que em 20 anos, desde a promulgação da Constituição, o Congresso ainda não regulamentou mais de cinquenta de seus artigos" (MONTEIRO, 2010, p. 168).

Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador, especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores (VIEIRA, 2008, p. 452).

Diante de posições antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio. Reconhecer a necessidade de conciliação entre os interesses de segurança jurídica e legalidade. E a obediência ao Direito com a indispensável margem de liberdade aos juízes para resolver os problemas da contemporaneidade, sem causar crises institucionais.

4.2.3 STF

O STF é um tribunal de longa história. Nasceu em 1890 com o intuito da criação de um novo modelo de separação de poderes nacional advindo com

proclamação da República, extinguindo o poder moderador derivado da monarquia (MENDES, 2013).

O Supremo Tribunal Federal é dotado de 3 faces as quais existem concomitantemente. A primeira é traduzida no sentido de ser o STF um Tribunal de Cúpula, ele é quem dá a palavra sobre toda e qualquer decisão proferida pelo judiciário e, é possível alcançá-lo por vias recursais sendo, portanto, um tribunal de quarta instância. A segunda face versa sobre o sentido de que o STF é um fórum de primeira, única e última instância para certas matérias as quais a Constituição o resguardou para tal. O maior exemplo nesse sentido é a função de ser um fórum criminal para um tipo de delinquência política, os quais os agentes, pela prerrogativa de suas funções, são dotados de foro privilegiado. A terceira face e talvez mais importante é a de ser um tribunal constitucional o qual faz o controle de constitucionalidade das leis, avaliando se a matéria produzida pelo legislativo é compatível com a Magna Carta (MENDES, 2013).

Com a cumulatividade dessas três faces, o STF pode ser considerado como guardião da ordem constitucional, sendo como uma bússola dos princípios constitucionais visando proteger os direitos fundamentais, além da função de moderador de conflito dos três poderes, sendo intitulado, portanto, *poder moderador* (MENDES, 2013).

Os problemas os quais são tangíveis devido a existência do STF podem ser compreendidos em várias ordens. Dentre elas, destacam-se três. A primeira é justamente a acumulação de funções muito diferentes entre si e tal acumulação produz tensões, sendo contraproducente podendo canibalizar a própria ordem do tribunal tanto sobre uma perspectiva quantitativa (volume de processos) como qualitativa (multiplicidade de competências técnicas), as quais podem desgastar tal autoridade no exercício de competências que a priori não deveriam ser suas. Tal

sentido expressa um problema arquitetônico sob a perspectiva de como STF encontra-se desenhado em suas competências (MENDES, 2013).

Um segundo problema versa sobre identificar quem são os ministros nomeados ao Superior Tribunal Federal. A sua nomeação se dá de forma não eleitoral e existem boas razões para que tais agentes não passem por um processo eleitoral, não sendo ideal que entrem em disputas e barganhas, tendo em vista que estas são inerentes as eleições. Além disso, a função a qual é desempenhada pelos ministros é diferente daquelas exercidas por agentes políticos (MENDES, 2013).

A arquitetura sob a qual fora construída a suprema corte fez com que houvesse uma fragmentação dessa coletividade, sendo hoje, um tribunal “quebrado entre 11 ministros”³ os quais decidem de forma monocrática. A individualidade das decisões é um problema no que se refere a qualidade da forma com que se decide. Ademais, a ausência jurídica acarreta a falta previsibilidade das decisões, além da possibilidade de ministros de forma monocrática capturarem e obstruírem o tribunal no exercício de suas competências. Assim, de maneira geral, os impasses e problemas de competências são uma combinação entre o problema de arquitetura e o que ela acarreta ao comportamento desses juízes (MENDES, 2013).

O desempenho errôneo do STF pode causar danos e prejuízos a democracia brasileira. Um dos problemas centrais versa sobre a incapacidade deste tribunal de desempenhar o papel de moderação dos conflitos políticos, pois, para que possa servir como moderador é necessário que ele seja percebido como um terceiro imparcial, sobretudo, como alguém neutro dotado de capacidade de análise de argumentos sem influências externas às suas decisões, sendo necessária a capacidade analítica e sofisticada das decisões (MENDES, 2013).

Ao ser dividir-se em 11 ilhas, o STF acaba por estar sujeito a um jogo, no qual cada ilha tem sua estratégia, o que implica a não garantia e imprevisibilidade de

³ Metáfora das “11 ilhas”: Versa sobre a fragmentação das decisões dadas pelos ministros do STF.

segurança jurídica daquele que necessita da Suprema Corte. Percebe-se tal sentido em duas dimensões: A primeira versa sobre o conteúdo, a construção da jurisprudência afim de que haja efetivação da segurança jurídica, onde casos novos podem ser inspirados e conseqüentemente, possam ser conectados com casos anteriores os quais foram julgados sobre matéria análoga. A segunda refere-se ao tempo da decisão. É necessário saber “se” e “quando” o tribunal vai decidir, pois, percebe-se hoje a existência de um poder de obstrução tão amplo que implica na ausência de segurança dessas questões (MENDES, 2013).

Existe no STF um “poder de veto” o qual é exercido por cada Ministro em sua individualidade. Obviamente que tal poder não é expresso e nem mesmo assumido, mas, é demonstrado e visualizado na prática das decisões. Pedidos de vistas, engavetamento de processos, sejam eles feitos pelo relator, por um juiz e até mesmo pelo presidente o qual não agenda na pauta. Essas são maneiras de estender indefinidamente as decisões do tribunal, podendo um caso no STF “durar 20 horas ou 20 anos” (MENDES, 2013).

O diagnóstico final precisa ser feito sobre as duas dimensões explanadas acima. É necessário pensar e reformular a arquitetura do STF, pois, são múltiplas as funções tornando o desempenho das mesmas extremamente contraproducentes. Ainda, há outro aspecto a ser reformado, este, não podendo ser feito por vias legislativas e sim por intermédio da crítica e da discussão pública. Tal aspecto refere-se a ética judicial, onde o comportamento dos juízes influi para a perda de capacidade do tribunal. Esse, portanto é o liame entre o mal desenho e a ética judicial as quais libertinam os excessos (MENDES, 2013).

4.2.4 Mutação Constitucional

A mutação constitucional pode ser abordada segundo usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a processos interpretativos dos casos

em que são demandados. A mutação constitucional se encontra inserida num espaço que pressupõe o avanço da realidade social, estabelecendo um liame entre o passado (momento de criação da norma) e o presente (sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social). Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político em que estava inserida quando foi criada, e à realidade social circundante (SANTOS, 2015, p.2).

Trata-se de um fenômeno da mudança informal (é informal porque não exige que tal mudança se processe de forma solene, conforme as formalidades para alteração da Constituição) da lei, ou seja, versa sob a inobservância dos critérios de reforma constitucional, qual fora verificada inicialmente pela doutrina alemã, quando se constatou que a Constituição de 1871 estava sofrendo mudanças em relação ao funcionamento das instituições do Reich (BULOS, 1996, P. 26).

O conceito de mutação constitucional foi desenvolvido por Paul Laband. Apesar da visão normativista que possuía a constituição, reconhecia a possibilidade daqueles que representam o Estado, investidos em suas togas, modificá-la sem que houvesse a reforma formal do texto, principalmente no tangente à essência do Estado. Assim, diante dos casos de mais evidencia da época, observou-se três caminhos antagônicos às mutações constitucionais: 1) através de leis que regulamentavam aqueles elementos centrais do Estado não abarcados pela constituição; 2) através de leis que alteram elementos centrais do Estado contrapostos aos da Constituição; 3) e por meio dos usos e costumes dos poderes públicos que modificavam elementos centrais do Estado (VECCHI, 2005, p. 56).

São várias as hipóteses que permitem interpretação diversa de dada norma: a) quando há ampliação no sentido do texto constitucional, aumentando sua abrangência a fim de abarcar mais realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica a interpretação anterior e se imprime novo sentido, atendendo a evolução da realidade constitucional;

d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas no texto constitucional (NEVES, 2004, p. 32).

Destarte, nenhum dos métodos podem ser considerados absolutos, sua aplicação deve ser sempre de forma combinada. A interpretação é feita a partir do texto da norma (gramatical), de sua conexão (sistemática), de sua finalidade (teleológica) e ao seu processo de criação (perspectiva histórica) (BARROSO, 2001 p. 125).

Se, tais métodos quando analisados concomitantemente indicarem um mesmo resultado, tal solução pode ser considerada como oriunda da resolução de conflitos. Porém, a problemática ocorre quando tais métodos conduzem a resultados divergentes, uma vez que ao serem utilizados não possuem hierarquia entre si. Barroso (2001, p. 126) aponta algumas soluções a resolução de tais conflitos, afirmando que o método gramatical jamais pode ser descartado, vez que o exercício da hermenêutica não pode ultrapassar os da constituição. Em segundo plano, evidencia os métodos objetivos (sistemático e teleológico), deixando como último aspecto o método subjetivo (histórico).

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 151) “a atividade interpretativa da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”

Assim, as mutações constitucionais são mecanismos necessários para que a constituição atenda os interesses da sociedade e sua constante evolução. Todavia, seus limites devem ser sempre respeitados a fim de que não se tornem inconstitucionais e legitimem o estado de exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte-se ao fim deste escrito de um pensamento retirado do livro *O Estado de Exceção* de Giorgio Agamben (2004, p. 12), pilar sobre o qual fora pautado o presente trabalho, que diz o seguinte: “*o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*”. Ainda, aduz que: “*o Estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea*”. Sob tal perspectiva é que surgiram os questionamentos acerca da possibilidade de o cenário brasileiro encontrar-se em uma crise democrática, sendo possivelmente enquadrado a um Estado de exceção.

A democracia, abordada de forma exaustiva no presente estudo, é produto de infindas lutas e revoluções em defesa de sua existência e, conseqüente manutenção. Sua base, depende de elementos que atribuem sentido a sua razão de ser, onde, a democracia, caso pautada e moldada a partir desses, encontra solo fértil a manter-se de forma plena, tendo como sua principal característica a soberania do povo.

A fim de que a democracia possa ser implantada em dado governo, é de extrema importância que se entenda o Estado como o organismo, onde indivíduos subordinados a ele, entram em um acordo mutual, assim, abrem mão de sua plena liberdade a garantia de sua segurança. Tal concepção deriva do Contrato Social estabelecido por Rousseau, que inspira hoje, a concepção e justificativas da existência de Estados modernos.

O Estado de exceção, sob a perspectiva de Agamben, tem se apresentado como protótipo aos governos no cenário contemporâneo. Nesse sentido, a percepção que se tem é de que a utilização de técnicas excepcionais (não previstas pelo ordenamento jurídico), tornando tais posturas como regra num dado cenário, ameaça de forma clara os elementos do Estado, dentre eles, a democracia. Para Agamben, o

Estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.

Ainda, sua definição é dotada de incerteza em relação a identificação da natureza jurídica. Partindo do pressuposto de que na concepção de Agamben o Estado de exceção é pautado na suspensão da aplicação da lei e não da sua literalidade, torna-se mais difícil a determinar quais seriam as consequências dos atos praticados nesses espaços/lacunas de exceção.

A atual conjuntura demonstra, ainda que de forma mascarada, que as concepções estruturais democráticas e os elementos de Estado foram flexibilizados, deixando de atender os interesses do povo, que na concepção democrática é titular da soberania, atendendo agora, interesses daqueles que detém o poder.

A Constituição Federal de 1988 tornou a democracia como sendo a forma de governo do Estado brasileiro. Juntamente desta concepção, estabeleceu ainda, uma série de princípios acerca da base democrática como o da separação dos poderes. Este princípio, versa sobre as competências e limitações a cada um dos três poderes, sendo eles: executivo, administrativo e judiciário.

Tal delimitação existe para que o Estado possa estar em pleno funcionamento atendendo tanto as suas necessidades, como as daqueles que estão sob a sua égide. Porém, quando não respeitadas dadas delimitações, além de conseqüentemente ocorrer a usurpação de competências pode, o Estado democrático entrar em colapso perdendo o que é de mais valioso em sua essência: segurança jurídica.

O STF tem papel promissor ao cenário jurídico nacional. A Suprema Corte brasileira é dotada de uma estrutura cumulativa de: uma má arquitetura, acúmulo de funções, além de, ainda, dotar a personalidade de um tribunal constitucional, tendo este, a tarefa de guardar a constituição a eventuais excessos.

O que se coloca em embate ainda, refere-se a forma com que as decisões são proferidas pelo órgão, que em tese, deveria ser dotado de coletividade. Nota-se

hoje, porém, que o STF se desdobrou em “onze ilhas”, cada qual com suas características particulares, interesses, ideologias, ferindo assim, também nesta arquitetura e forma de decisão a segurança jurídica.

Outro ponto de nodal relevância orbita por meio de institutos como o da mutação constitucional e o ativismo judicial, onde o STF tem de fato expressado sua má arquitetura ao desempenhar interpretações extensivas, além das formas admitidas em hermenêutica, em especial a forma gramatical, deixando-o de aplicar a norma constitucional em sua literalidade, mesmo quando expressa. Tal sentido é tangível quando exemplificado pelo princípio da presunção de inocência, onde a segurança jurídica daquele que é réu em processo criminal fora flexibilizada, por interesses alheios, os quais não estão elencados na constituição.

Ousa-se defender a manutenção do Estado democrático de Direito,, que pela má arquitetura, flexibilização do ordenamento jurídico e, mudanças nas concepções da formação do Estado, tem colocado a democracia em risco, legitimando ações, as quais não previstas pelo ordenamento jurídico, tornando-as como regra, excluindo a segurança jurídica, a qual deveria ser intrínseca a elas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Bomtempo, 2004.

ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Vol. 12, nº96, Brasília, 2010.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo. Celso Bastos Editora, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro, Azougue. 2004

_____. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, v. 11, n. 1, p. 95-99, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1992.

_____. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.

_____. **O futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1977.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, ano 33, n.º129, Brasília: 1996.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação E Oposição**. São Paulo: EdUSP, 1997.

_____. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. **Estado de exceção como ruptura: uma leitura a partir de Carl Schmitt e Walter Benjamin**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução Raul Piker. São Paulo. Unesp, 1991.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. CEBRAP: São Paulo, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Paulo Jorge. **Curso de Teoria do Estado**. 2. ed. José Bushatsky Editor. São Paulo, 1971.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed Salvador: Jus Podivm, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2011.

MARTINS ALYES, Luís Carlos. **O ativismo judicial da "república togada" e o princípio da legalidade na "democracia parlamentar"**. Nº. 17. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Institutional design: augmenting deliberative potential**. In: MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2013

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Carmen Nasaré Lopes. **Mutação Constitucional em face da Hermenêutica Judicial no Controle por via de Exceção**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília: 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

REVISTA DIREITO --- FAE

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 452. 126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>.