



Cristiane Feldmann Dutra
Claudio Kieffer Veiga
Moisés de Oliveira Matusiak
(Orgs.)

TEMAS ATUAIS DO DIREITO BRASILEIRO

Estudos em homenagem aos
10 anos do curso de Direito do
Centro Universitário do CESUCA

"O Curso de Direito surgiu em 2011 relacionado diretamente ao crescimento e nascimento do Cesuca. Já no surgimento da instituição, a criação do curso de Direito era um grande sonho e objetivo não só do Cesuca, mas da própria comunidade. Nesses anos de história, procuramos desenvolver de forma plena a formação acadêmica de nossos alunos, incentivando a pesquisa e a publicação de obras contendo a produção científica dos nossos alunos. Ficamos muito orgulhosos em ver o sucesso de nossos egressos e das excelentes avaliações recebidas pelo curso. Particularmente, o curso sempre me proporcionou constante evolução acadêmica e humana, gerando constante orgulho e agradecimento em fazer parte de uma equipe tão especial".

Guilherme de Oliveira Feldens

Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Cesuca

"Há 06 anos atrás, entrei na então Faculdade Inedi para fazer a seleção de professor para o curso de Direito. Mal sabia eu, que ali daria início a uma caminhada de muitas conquistas, junto com colegas fantásticos e alunos extremamente dedicados e comprometidos (sem dúvidas, essa obra coletiva reflete muito isso). Esse caminho, de bastante empenho, nos alçou ao patamar de melhor curso de Direito do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2019, de acordo com os resultados do ENADE. Nesse curso, não só realizei meu sonho de ser professora, mas também tenho a oportunidade de contribuir diariamente com a formação de novos operadores do Direito. Por isso, registro meus parabéns ao meu amado curso de Direito, desejando que permaneça contribuindo significativamente na vida de tantas pessoas! Vida longa ao curso de Direito do Centro Universitário CESUCA!"

Mariana Menna Barreto Azambuja

Coordenadora Acadêmica

Professora do Curso de Direito do Centro Universitário CESUCA

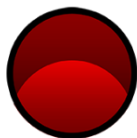
Com muito orgulho comemoramos os 10 anos do Curso de Direito do Centro Universitário CESUCA. Composto por professores capacitados e comprometidos com um ensino diferenciado e de excelência, o curso de Direito forma alunos que saem totalmente preparados para enfrentar o desafiante mercado de trabalho no campo jurídico. Em virtude de todo esse cenário, o nosso curso alçou o primeiro lugar de todas instituições de ensino do Rio Grande do Sul, consoante avaliação do Ministério da Educação. Estou certo de que os próximos 10 anos virão, mantendo o sucesso e crescimento do ensino jurídico do CESUCA!

Ricardo Muniz Muccillo da Silva

Reitor do Centro Universitário CESUCA



Temas atuais do Direito Brasileiro



Série Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli
PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber
PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli
ULBRA, Brasil

Temas atuais do Direito Brasileiro

Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de
Direito do Centro Universitário do CESUCA

Organizadores

Cristiane Feldmann Dutra

Claudio Kieffer Veiga

Moisés de Oliveira Matusiak



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DUTRA, Cristiane Feldmann; VEIGA, Claudio Kieffer; MATUSIAKO, Moisés de Oliveira (Orgs.)

Temas atuais do Direito Brasileiro: estudos em homenagem aos 10 anos do curso de Direito do Centro Universitário do CESUCA [recurso eletrônico] / Cristiane Feldmann Dutra; Claudio Kieffer Veiga; Moisés de Oliveira Matusiak (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

452 p.

ISBN - 978-65-5917-306-8

DOI - 10.22350/9786559173068

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Homenagem; 2. Coletânea; 3. CESUCA; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Depoimentos dos professores	13
------------------------------------	-----------

A história da faculdade CESUCA	19
---------------------------------------	-----------

Cristiane Feldmann Dutra
Claudio Kieffer Veiga
Moisés de Oliveira Matusiak

1	26
----------	-----------

Teoria da perda de uma chance à luz do princípio da reparação integral

Camila Iglesias Ribeiro
Guilherme Damasio Goulart

Resumo

A responsabilidade civil compreende o direito de reparação dos eventos danosos enfrentados pela sociedade. Esses danos integram o princípio da reparação integral, que tem por finalidade obrigar o ofensor a restituir a vítima pelos danos causados de acordo com sua extensão. Nesta seara, surgiu à teoria da perda de uma chance, que pode ser plenamente aplicável no nosso ordenamento jurídico e em conformidade com o princípio da reparação integral. A teoria da perda de uma chance tem como objetivo a responsabilização por frustrar a expectativa real de um indivíduo, impedido de ter obtido um ganho ou evitar uma perda. O seu fundamento encontra acolhimento na probabilidade de que existiria um ganho, bem como que da certeza da vantagem perdida decorreu um prejuízo. Para gerar a indenização por perda de uma chance, a chance tem que ser séria e real a probabilidade de êxito, uma vez que a reparação nunca corresponderá à vantagem esperada. A teoria da perda de chance tem como essência o dano e o nexo causal. O princípio da reparação integral possui uma mitigação de redução de valores com base na culpa e no dano. A teoria da perda de chance pode ter a redução da indenização com base na mitigação do princípio da reparação integral, somente com a análise do caso concreto e se fundado nos parâmetros estabelecidos sem descaracterizar a perda da chance, diferenciando o valor arbitrado pela chance e o motivo pelo qual é atribuída à redução.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Princípio da reparação integral. Perda de uma chance.

2	54
----------	-----------

Direitos humanos e educação inclusiva na rede pública de ensino: qual a possibilidade da aplicação de sanções ao Brasil pela não aplicabilidade da Declaração de Salamanca

Daniela Mello dos Santos
Claudio Kieffer Veiga

Resumo

O artigo propõe-se a realizar um cotejamento da necessidade de observância da educação inclusiva na rede pública de ensino brasileira e possíveis consequências pela inobservância da Declaração de Salamanca. Reforça-se que a educação é uma necessidade humana básica. Em decorrência disso, para uma compreensão do tema proposto, em um primeiro momento, apresentar-se-á a diferenciação de Direitos Humanos, e suas gerações, e Direitos Fundamentais. De forma sucinta, serão apresentados os conceitos básicos da educação inclusiva e a retrospectiva histórica da educação especial em nosso país. No desfecho do presente artigo, realizar-se-á uma análise sobre a internalização dos tratados internacionais sob a ótica constitucional, explanando os impactos desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, demonstrará, através de alguns dados empíricos, o verdadeiro resultado positivo do desenvolvimento da educação inclusiva no Brasil.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação inclusiva. Declaração de Salamanca.

Transtorno de personalidade antissocial e o Direito Penal Brasileiro: o efeito do reconhecimento da semi-imputabilidade

Elber Schnepfleitner Athaide
Moisés de Oliveira Matusiak

Resumo

O objetivo do presente estudo foi pesquisar as consequências no direito penal do reconhecimento da psicopatia no agente criminoso. Veio a conhecimento tratar-se a psicopatia de um grau elevado de patologia clinicamente conhecida por Transtorno de Personalidade Antissocial. O principal desdobramento reconhecido oriundo do reconhecimento da presença da patologia no agente é o enquadramento na semi-imputabilidade. Será este, portanto, o ponto trabalhado neste artigo, trazendo uma análise teórica dos temas a partir do ensinamento doutrinário e posicionamentos do autor com a crítica aos pontos polêmicos.

Palavras-chave: Psicopatia. Transtorno de Personalidade Antissocial. Semi-imputabilidade.

Doente terminal e a morte digna: os processos do morrer à luz da Bioética

Eliane Cunn Krupp
Emerson de Lima Pinto

Resumo

Esta pesquisa tem o escopo de analisar a possibilidade de escolha do doente terminal quanto ao desejo de não mais ser submetido a determinadas terapias, bem como à recusa e à opção pelo tratamento da moléstia grave e incurável que o acomete, assim, permitindo-se morrer, a fim de cessar o sofrimento e agonia. Isso porque, o avanço científico e tecnológico possibilitou o prolongamento da vida humana, contudo, por meio de tratamentos, muitas vezes, considerados extraordinários e desproporcionados, haja vista não oferecerem benefícios ao doente terminal, mas apenas prolongando o processo de morte. Neste contexto, discorre-se acerca dos processos do morrer: eutanásia, distanásia e ortotanásia, na busca pela efetivação da morte digna.

Palavras-chave: Doente terminal. Tratamento. Morte digna.

Guarda e visitação de animais em processos de divórcio: uma realidade no judiciário brasileiro

Fábio Carvalho de Azevedo
Mariana Menna Barreto Azambuja

Resumo

Não há mais dúvidas quanto à importância dos animais na vida das pessoas. Como fonte de pesquisa, meio de locomoção, alimento, esporte, enfim, tantas outras formas pelos quais os animais servem ao homem. Mas os tempos mudaram e a relação do animal com o homem passou a ter um caráter sentimental, de afeto, cumplicidade e o cuidado com esses seres deixou de virar obrigação com um mero objetivo de retorno financeiro e passou a ter uma questão muito maior no envolvimento entre o homem e o animal: o amor. Famílias formam-se e os animais, principalmente domésticos, estão presentes em todos os momentos, em situações de alegria ou tristeza, ou no simples dia a dia. Sua importância faz-se tão necessária a ponto de ser motivo de briga entre casais, quando estes tomam a decisão da separação e começa, então, a disputa para decidir com quem fica o animalzinho. É nesta seara que o presente trabalho pretende entrar. Mostrar como o animal é visto pelo Direito atualmente, a quem cabe analisar situações de disputas judiciais pela guarda e visitação dos animais.

Palavras-chave: Guarda. Visitação. Animais. Divórcio. Justiça.

Direito dos animais: uma análise acerca do status jurídico do animal não-humano e suas conquistas no ordenamento jurídico brasileiro

Jhenifer Martins Cardoso
Mariana Menna Barreto Azambuja

Resumo

O presente trabalho tem como finalidade trazer à baila problemáticas sobre uma suposta modificação no status jurídico dos animais, bem como, irá analisar o posicionamento jurídico dos operadores do Direito em relação à proteção dos animais no âmbito jurídico, buscando assim precedentes, ou, analisando se o Brasil ainda é totalmente omisso em relação a proteção dos animais. Não obstante, será demonstrado se modificações na

legislação, quanto aos animais serem representados em juízo, trariam benefícios para estes. Por fim, também será analisado se uma possível modificação traria efetividade concreta em relação à proteção dos animais, ou se seria apenas uma lei sem uso.

Palavras-chave: Animais Não-humanos. Senciente. Proteção Animal. Personalidade Jurídica. Sujeitos De Direito.

7

199

O valor social do trabalho como elemento fundamental na ordem constitucional econômica brasileira

Leandro José Cardoso
Cristiane Feldmann Dutra

Resumo

O estudo concernente ao valor social do trabalho constitui matéria primordial, pois trata-se de tema protegido pela Constituição Federal e está intimamente ligado ao amparo aos trabalhadores no Brasil. Bem como, elevou o valor social do trabalho à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito. O objetivo do presente trabalho é fazer uma exploração sobre o trabalho em seus primórdios com escravidão, a proteção dos Direitos Humanos e uma análise crítica sobre a reforma trabalhista que prometeu diminuir o desemprego. O problema consiste em verificar se a reforma trabalhista reduziu o número de desempregados no Brasil como prometia. Foi utilizada a metodologia lógico-dedutiva através de uma análise bibliográfica, em livros, artigos científicos e nos sites especializados inferindo os fatos e as premissas sobre o objetivo e problema abordados no presente estudo. Os resultados obtidos após a pesquisa realizada no presente estudo, demonstram que, a reforma trabalhista não confirmou o que sustentava um dos principais argumentos de seus defensores à época, ou seja, não diminuiu o número de desempregados no Brasil como demonstram os dados apresentados. O desemprego é um dos aspectos que influenciam diretamente na crise econômica que atravessamos, atingindo a renda e, principalmente, a dignidade dos trabalhadores, agravando ainda mais a desigualdade social que nos assola. Dessa forma, para que haja a concretização da promessa proposta pela Constituição Federal, através do valor social do trabalho, deve-se buscar o pleno emprego e uma remuneração justa. Assim, percebe-se que será imprescindível que o governo execute medidas para o enfrentamento do desemprego.

Palavras-chave: Desemprego. Reforma Trabalhista. Constituição Federal. Valor Social do Trabalho.

8

225

A antinomia existente no caso do aborto e a compatibilidade com a Constituição Federal à luz do princípio da proporcionalidade

Maria Luiza Cardoso Pressi
Cristiane Feldmann Dutra

Resumo

Este artigo foi produzido através do Trabalho de Conclusão de Curso da pesquisadora e, tem por objetivo dissertar sobre o que são as antinomias, de que forma estas serão solucionadas, qual é a antinomia existente no caso do aborto, bem como aferir se a criminalização do aborto está de acordo com a Constituição Federal, sendo necessário realizar uma análise do princípio da proporcionalidade e de suas máximas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ao aplicar o princípio da proporcionalidade no caso do aborto, foi possível concluir que, a criminalização do aborto não está em conformidade com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Antinomia; Aborto; Criminalização; Constituição Federal; Princípio da Proporcionalidade.

9

246

ADPF 153 e STF: quando a aplicação equivocada do pensamento hermenêutico resultou em esquecer um momento de terror brasileiro

Mariana Kovara Jung
Emerson de Lima Pinto

Resumo

O momento de redemocratização brasileiro teve amargas consequências para os opositores do regime militar. Desses, muitos foram presos ilegalmente, extorquidos, assassinados e "suicidados", torturados e submetidos a abusos sexuais, devido suas razões políticas, desde a militância armada como simples "delitos de opinião". Com o enfraquecimento do governo ditador, foi promulgada a Lei da Anistia, em 1979, um acordo entre governantes que acobertou os crimes cometidos, agraciando os culpados com a impunidade. Em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ingressou com a ADPF 153 com a intenção de interpretar a Lei 6.683/79 conforme às normas condizentes com a Constituição da República Federativa Brasileira/1988, na qual o Ministro Relator utilizou da hermenêutica para fundamentar seu voto.

Palavras-chave: Hermenêutica. Ato institucional nº 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei da Anistia.

Motivos que ensejam a demora no processo de adoção

Mariana Rodrigues da Cunha
Mariana Menna Barreto Azambuja

Resumo

O tema primordial deste artigo será sobre o porquê há uma efetiva demora para que se possa adotar um infante em nosso país. Outrossim, é necessário abordar que a burocracia enfrentada pelos adotantes existe para que se possa abarcar o melhor interesse do petiz, a fim de resguardar os seus direitos fundamentais. Por conseguinte, se discorrerá sobre os motivos ensejadores na demora no processo de adoção, a fim de situar o leitor sobre a situação atual do Brasil em relação a este ato jurídico. E, para finalizar, traçar-se-á alternativas para que este problema possa ser amenizado, já que a adoção é ato complexo, conduta irrevogável e de suma importância para a vida do infante que terá a oportunidade de criar um vínculo familiar de forma não sanguínea, mas baseado no amor e no afeto daquele que não pôde ter uma prole, por infertilidade ou esterilidade ou que optou por esse ato.

Palavras-chave: Adoção. Demora. Família Natural. Criança ideal.

O direito à razoável duração do processo e as pessoas com deficiência

Michelli Linhares de Bastos
Cristiane Feldmann Dutra

Resumo

Este artigo tem o objetivo de analisar o direito das pessoas com deficiência à razoável duração do processo. Por meio de revisão bibliográfica e suporte empírico (análise de casos julgados), apresenta-se a razoável duração do processo como um direito humano, objeto de convenções internacionais e de jurisdição por órgãos competentes. A adoção de *standars* que parametrizem o que é uma duração razoável, principalmente ao ser tratado de pessoas com deficiência, é ponto crucial para a garantia deste direito humano. Assim, este artigo apresenta *standars* desenvolvidos pela jurisdição internacional e o instituto da tramitação processual preferencial normatizada pela legislação e pela jurisdição pátria.

Palavras-chave: Razoável duração do processo. Pessoas com deficiência. Tramitação processual preferencial.

Estatuto da Criança e do Adolescente: uma análise da efetividade de suas medidas de proteção

Milena dos Santos Vieira
Mariana Menna Barreto Azambuja

Resumo

Este trabalho analisa de forma teórica e prática as Medidas de Proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Traz uma análise histórica e descritiva dos artigos desta Lei referente a este tema, bem como entrevistas e pesquisa de campo para tentar demonstrar de forma mais real a prática e a efetividade destas medidas em nossa sociedade. Nesta comparação entre e letra da lei e a realidade social da aplicação das Medidas de Proteção, observar-se-á a pouca efetividade das mesmas como meio de proteção para prevenir ou restituir direitos das pessoas em desenvolvimento, tendo isso em vista, observar-se-á também os possíveis motivos para essa ineficácia. Ademais, contemplando o máximo de abrangência do tema, incluindo todas as Medidas de Proteção do rol do artigo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluir-se-á sobre os maiores problemas para a efetividade das medidas e as soluções passíveis de aplicação e execução límpida e concreta, da forma que se almeja em questão de proteção infanto-juvenil.

Palavras-chave: Medidas de proteção; Criança; Adolescente.

Juridiquês versus Estado Democrático de Direito: a inacessibilidade do discurso jurídico como instrumento de poder e obstáculo de acesso à justiça

Natali Borba Daltoé Azambuja
Guilherme de Oliveira Feldens

Resumo

A linguagem do universo jurídico divide opiniões. Assim como outros campos do conhecimento, o Direito possui uma terminologia técnica, necessária ao ágil e preciso entendimento. Sua cientificidade linguística, porém, não pode distanciar-lo de seus propósitos sociais e dificultar a prestação da tutela jurisdicional. As qualidades mais desejáveis na expressão dos operadores do Direito deveriam ser a clareza e a habilidade na

construção de argumentos, mas muito do que se vê é reprodução de formalismos, escolha de vocabulário arcaico e rebuscamentos desnecessários, características que tornam o discurso jurídico inacessível aos não iniciados. Este artigo abrange algumas problematizações que estão associadas ao abuso na linguagem jurídica, como suas implicações no direito de acesso à justiça, sua utilidade como instrumento de poder, suas consequências à celeridade processual e à imagem do Judiciário. As discussões convergem à conclusão de que a linguagem jurídica que majoritariamente circula não compactua dos ideais do Estado Democrático de Direito. Acreditando na democratização da linguagem como propiciadora de autonomia e conscientização do cidadão em relação a direitos e deveres, debatemos, por fim, algumas formas de simplificação e adequação do material jurídico em prol de uma crescente acessibilidade linguística e inclusão social.

Palavras-chave: Linguagem jurídica, juridiquês, acesso à justiça;

14

398

Medidas socioeducativas: uma análise sobre sua eficácia na reinserção social do adolescente infrator

Nathalia Souza da Veiga
Mariana Menna Barreto Azambuja

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo avaliar a eficácia das medidas socioeducativas impostas aos adolescentes, dando ênfase ao índice de reincidência após seu cumprimento e a ressocialização dos infratores. Diante disso, se faz necessário uma análise sobre os aspectos relacionados ao ato infracional, bem como sobre o perfil do adolescente e o índice de aplicabilidade de cada medida. Ademais, nota-se que o tema abordado vem recebendo um grande destaque atualmente no Brasil, no que diz respeito ao aumento da criminalidade entre os adolescentes, trazendo uma reflexão sobre a aplicabilidade e o objetivo das medidas socioeducativas impostas aos adolescentes. Para análise do tema, o presente trabalho traz à luz a evolução das legislações minoristas, elucidando os direitos da criança e dos adolescentes contidos no ECA, bem como as espécies de medidas socioeducativas e uma análise sobre sua eficácia, de forma que reeduquem e ressocializem os adolescentes.

Palavras-chave: Medidas socioeducativas. Atos Infracionais. Adolescente infrator. Ressocialização.

15

424

Um olhar sobre Lei de Migração n.º 13.445/2017

Sandra de Mattos Kolesny
Cristiane Feldmann Dutra

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar e verificar a Legislação Internacional e Nacional vigente, se estas são suficientes para assegurar a proteção jurídica dos refugiados e imigrantes. Tal como, a efetividade das políticas públicas e ao acesso ao voto. Este tema surgiu da problemática crise das populações que buscam proteção em outros países, diante de situações de perseguições e violações de direitos humanos. Através da Convenção Genebra de 1951, e do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, é reconhecida a importância de cooperação internacional para enfrentar a situação do refúgio. O Instituto do Refúgio no Brasil é fundamentado pela Lei 9.474 de 1997, a Lei é moderna frente a outros países. Além disso, a Lei de Migração n.º 13.445 de 2017, é uma legislação abrangente que define os direitos e os deveres do migrante no Brasil, regulando a entrada e permanência, trazendo uma nova qualificação, que antes era denominado estrangeiro, agora são imigrantes, e emigrantes. A Legislação é atual, mas, no entanto, ainda existem lacunas, haja vista que o imigrante tem o direito ao voto limitado, pois para exercer direitos políticos precisa estar naturalizado. A linha de pesquisa é Direito Internacional. O método de pesquisa é qualitativo e empírico, no qual realizou-se abordando questionários em seis imigrantes venezuelanos, sobre o interesse na participação da vida política do País por meio do voto. O procedimento metodológico foi através de livros, doutrinas, artigos científicos, pesquisa em legislações, e todos os meios digitais disponíveis.

Palavras-chave: Refugiados. Imigrantes. Migração. Direito.

Depoimentos dos professores

Ao Curso de Direito do Centro Universitário CESUCA
(Será apresentado em ordem alfabética, os textos dos(as) Docentes)

O Curso de Direito do Centro Universitário CESUCA está completando dez anos de atividades, agora, em agosto de 2021. Seus êxitos são incontestáveis, como os indicadores de qualidade na educação do MEC comprovam! Podemos afirmar que a receita para o seu sucesso atual é simples e eficaz, encontra-se alicerçada no tripé: obstinação, qualificação e companheirismo. Inicialmente, observamos uma constante obstinação em busca do ensino de qualidade, uma meta que nasce coadunada com essa expoente da região metropolitana de Porto Alegre e que não perde em nada para os grandes e tradicionais complexos de ensino existentes no Estado do Rio Grande do Sul. Acrescente a isso, um corpo qualificado de professores que está em permanente atualização profissional e em contato com cenário jurídico contemporâneo. Por fim, coloque uma pitada, sempre presente, de uma dinâmica própria de companheirismo e parceria entre todos seus colaboradores lato sensu e o corpo discente, algo ímpar em um cenário nacional educacional, principalmente em um curso sério, como o é o Direito. Essa é a receita simples, mas consistente e eficiente, para que esse dinâmico curso chegue firme nos seus primeiros dez anos completos, e que se mantenha caminhando para várias décadas futuras, sempre acumulando êxito e transformando a vida da sociedade que com ele relacione-se. Parabéns, Direito-Cesuca!

Claudio Kieffer Veiga
Professor do Centro Universitário do Cesuca.

Quando eu entrei para ser docente na faculdade Cesuca, realizei o concurso no ano de 2016, e o meu primeiro semestre foi em 2017/01. Acompanhei a mudança para Centro Universitário do Cesuca. Neste ano de 2021 o curso de Direito completa 10 anos, remonta uma história marcada pelo árduo trabalho em prol da construção de conhecimento e o devido reconhecimento pela atuação institucional sempre atenta à qualidade no ensino que transforma pessoas e promove o desenvolvimento local e regional. Com reconhecimento pela sua excelência acadêmica, no Rio Grande do Sul e no Brasil, através dos dados pelo ENADE. Parabéns aos alunos, ex-alunos, professores e funcionários, que fazem e fizeram parte desta grande história, deixando a sua marca e contribuição. Me sinto muito grata por trabalhar com estes(as) professores(as) do corpo docente do curso do Direito, tão competentes e humanos, no qual eu me inspiro e aprendo diariamente. Certamente vamos continuar aplaudindo e colhendo os méritos que esse curso ímpar, conquistará. Tenho muito orgulho de trabalhar em um local que faz a diferença para melhor, na minha vida, na vida das pessoas e na sociedade. Parabéns, curso de Direito do CESUCA! Esse aniversário é de todos.

Cristiane Feldmann Dutra
Professora do Centro Universitário do Cesuca.

O Direito da Cesuca é ainda mais do que o excelente curso que comprovadamente é. Ele é cidadania, inclusão e consciência. É fomentar o pensamento crítico e incentivar o bom uso do direito em prol de quem mais dele precisa. É o acesso ao saber, à Justiça e à fraternidade junto à liberdade e à igualdade. O direito da Cesuca é, não raro, uma nova vida para muitos alunos, além de vida melhor para tantos outros. É também as famílias contemplando seus filhos no melhor dos caminhos. Por isso e por tanto mais, ele é um orgulho e uma realização para os professores, coordenadores e equipe universitária, todos esses coadjuvantes para os

alunos protagonistas. O curso de direito da Cesuca é o papel social em ação nas ciências jurídicas e sociais.

Dartagnan Ferrer dos Santos
Professor do Centro Universitário do Cesuca desde 2014.

Lembro-me bem do convite para participar de um projeto para construção de um Curso de Direito, aliás, um Curso de Direito na cidade de Cachoeirinha que guardava proximidade com Universidades e com faculdades de direito renomadas. Um desafio para qualquer docente em Direito. Desafio, é claro que aceitei com prazer. Muitos corações se envolveram na formatação do projeto e de seu desenvolvimento e, como resultado, emerge o Curso de Direito do Cesuca. Agora, essa trilha que percorremos há 10 anos tem seu marco: - seu decênio! Aqui, contribuímos em conjunto com um grupo qualificado e solidário ao longo desse período para a realização dos sonhos e realização das expectativas de muitos estudantes, bacharéis e advogadas que cumprem sua tarefa com a coragem de enfrentar desafios com seus corações e uma mente repleta de conhecimento. Pode-se dizer que atualmente renomada é a Faculdade de Direito do Cesuca junto com seus alunos e alunas! Por fim, como é bom aceitar desafios quando lidamos com o Direito.

Emerson de Lima Pinto
Professor do Centro Universitário do Cesuca

O Curso de Direito surgiu em 2011 relacionado diretamente ao crescimento e nascimento do Cesuca. Já no surgimento da instituição, a criação do curso de Direito era um grande sonho e objetivo não só do Cesuca, mas da própria comunidade. Nesses anos de história, procuramos desenvolver de forma plena a formação acadêmica de nossos alunos, incentivando a pesquisa e a publicação de obras contendo a produção científica dos nossos alunos. Ficamos muito orgulhosos em ver o sucesso de nossos egressos e das excelentes avaliações recebidas pelo curso.

Particularmente, o curso sempre me proporcionou constante evolução acadêmica e humana, gerando constante orgulho e agradecimento em fazer parte de uma equipe tão especial.

Guilherme de Oliveira Feldens
Coordenador e Professor do curso de Direito do Centro Universitário Cesuca.

O aniversário de 10 anos do curso de Direito do Cesuca marca a trajetória muito bem-sucedida de um projeto: a colocação da qualidade da educação em primeiro lugar. Isso só foi possível por meio do compromisso constante de todos os professores em darem o seu melhor, sempre! Além disso, a conquista se deve a uma coordenação atenta aos desafios do ensino superior e também sensível às demandas dos professores. Trata-se de um projeto de educação humanista e ética, como toda educação deve ser. A instituição tem promovido um ambiente absolutamente propício para o ensino e aprendizado e de construção de fortes laços sociais, sempre amparados pelo respeito mútuo e amor ao conhecimento. Longa vida ao Cesuca!

Guilherme Damasio Goulart
Professor do Centro Universitário do Cesuca.

Ingressei como Professor na Faculdade de Direito do CESUCA no dia 01/08/2014, portanto já se vão 07 anos de larga convivência. Posso dizer que o tempo passou muito rápido, porque o tempo sempre anda a galope quando a gente faz o que gosta. Se pudesse resumir o que significa a Faculdade de Direito do CESUCA eu diria duas palavras, AMIZADE e FRATERNIDADE. AMIZADE porque os Professores e as Professoras com quem convivo na Faculdade eu os tenho como amigas e amigos, desses de guardar do lado esquerdo do peito como diz a velha canção eternizada por Milton Nascimento. A FRATERNIDADE porque nosso ambiente de trabalho é aconchegante, acolhedor e fraterno, o que permite uma convivência tranquila, harmoniosa e respeitosa entre professores,

professoras, alunos e alunas. Por tudo isso, não posso encerrar essa pequena homenagem agradecendo a todos os que contribuíram para que chegássemos até aqui e, já que estamos aqui, proponho que sigamos em frente preservando sempre os valores da AMIZADE e da FTERNIDADE que, no meu modesto entendimento, nos fizeram chegar até aqui. Vida longa à Faculdade de Direito do CESUCA.

Luiz Mario de Mello Pimenta Filho
Professor do Centro Universitário do Cesuca.

Há 06 anos atrás, entrei na então Faculdade Inedi para fazer a seleção de professor para o curso de Direito. Mal sabia eu, que ali daria início a uma caminhada de muitas conquistas, junto com colegas fantásticos e alunos extremamente dedicados e comprometidos (sem dúvidas, essa obra coletiva reflete muito isso). Esse caminho, de bastante empenho, nos alçou ao patamar de melhor curso de Direito do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2019, de acordo com os resultados do ENADE.

Nesse curso, não só realizei meu sonho de ser professora, mas também tenho a oportunidade de contribuir diariamente com a formação de novos operadores do Direito.

Por isso, registro meus parabéns ao meu amado curso de Direito, desejando que permaneça contribuindo significativamente na vida de tantas pessoas!

Vida longa ao curso de Direito do Centro Universitário CESUCA!

Mariana Menna Barreto Azambuja
Coordenadora Acadêmica e
Professora do Curso de Direito do Centro Universitário CESUCA

São dez anos do curso de Direito do CESUCA. Uma década de história e o Direito CESUCA mostra que veio para ficar. São dez anos de ensino de excelência, de dedicação e amor, tanto dos professores e colaboradores, quanto da diretoria, mas principalmente dos estudantes. Mais do que isso,

é uma década fazendo a diferença na vida das pessoas, formando profissionais qualificados, colaborando com a sociedade e promovendo a transformação. Que esses dez anos sejam só o começo dessa linda história.

Moisés de Oliveira Matusiak
Professor do Centro Universitário do Cesuca.

Há 9 anos entrei no prédio da Faculdade Cesuca pela primeira vez. Vinha de uma grande e consolidada Universidade do Estado do Rio Grande do Sul e o encantamento pela caminhada que iniciava o Curso de Direito foi imediato. Reencontrei colegas de docência, todos com sólida formação e experiência e tive a certeza que este projeto vinha para ser vencedor. Os anos e desafios foram se sucedendo e a cada um deles era grande a satisfação de fazer parte desta trajetória consistente de crescimento. O Curso de Direito da Cesuca é um excelente curso e tenho muito orgulho de fazer parte da sua história.

Paula De Jesus Martins
Professora do Centro Universitário do Cesuca.

Uma década de história! Com reconhecimento nacional, o Centro Universitário CESUCA não possui excelência apenas em seus índices nos mais diversos Cursos Superiores, mas também como Instituição humanista, que contribui para o desenvolvimento pessoal e da comunidade Cachoeirense. A preocupação e investimentos em tecnologia não afastou a interação humana do Centro Universitário CESUCA, mantendo a sua característica em aproximar a relação aluno-professor. Um diferencial ímpar que resulta na satisfação de todos em fazer parte do CESUCA! É muito bom fazer parte desta história. Vida longa, CESUCA!

Rafael Soto
Professor do Centro Universitário do Cesuca.

A história da faculdade CESUCA

*Cristiane Feldmann Dutra
Claudio Kieffer Veiga
Moisés de Oliveira Matusiak*

Trilhamos um caminho com muita convicção dos resultados a alcançar. Aprendemos a construir nossa transformação potencializando a capacidade humana e promovendo o viver criativo, o que nos situou entre os melhores do país no segmento educacional.

No ano de 2004, o município de Cachoeirinha-RS teve sua primeira instituição de ensino superior: a Faculdade Inedi resulta do processo de evolução do Colégio Inedi (Instituto Educacional Integrado). O Cesuca (Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha) é criado como entidade mantenedora.

Em 2011 nasce o curso de graduação de **Direito**.

No ano de 2016, com cerca de 2,6 mil alunos, é uma das melhores faculdades privadas do Rio Grande do Sul, tem os melhores indicadores educacionais e conta com localização estratégica em relação à capital Porto Alegre. Essas características atraem a atenção de investidores, e é adquirida pelo FSG (Centro Universitário da Serra Gaúcha), que a incorpora ao seu portfólio. Em abril de 2018, passa a fazer parte da Cruzeiro do Sul Educacional, um dos mais importantes grupos educacionais do país.

Para muitos estudantes, o Direito é mais do que uma graduação, é a realização de um sonho, um projeto de vida. É por meio desta função que o profissional desempenha um papel ativo na sociedade: o de orientar o cidadão sobre seus deveres e direitos, auxiliando-o na reparação de possíveis prejuízos.

O estudo do direito subdivide-se em vários ramos, como o direito público (administrativo, trabalhista, tributário e previdenciário), o direito privado (direito civil, direito de família, direito empresarial, direito da propriedade intelectual e da propriedade industrial, direito imobiliário, direito agrário, etc.), o direito penal, o direito eleitoral, o direito desportivo, o direito econômico, etc.

Portanto, é imprescindível sólida formação cultural, crítica, reflexiva, criativa, dialógica, argumentativa e ética.

Diferenciais do Curso de Direito

O curso proporciona sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais.

Ao estudar Direito na Cesuca, você terá uma estrutura curricular moderna, com temas atuais do Direito, como Propriedade Intelectual, Direito Ambiental e Biodireito, Ações Constitucionais e Argumentação Jurídica; preparação para a prova da OAB desde o início do curso; estímulo ao intercâmbio em instituições do Brasil e exterior.

Nossos alunos ainda contam com apoio pedagógico através do Núcleo de Orientação Acadêmica; Iniciação à Prática Jurídica desde o terceiro semestre; Estágio Supervisionado no Serviço de Assistência Judiciária Gratuita (SAJUG) da faculdade, com vínculo ao Núcleo de Prática Jurídica, que atende a população local.

Como a reflexão e a pesquisa são fortemente estimuladas, são diversas as publicações relativas ao curso trazendo artigos e matérias no setor do Direito: Gestão Contemporânea, Cine-Fórum da Educação Superior, Propriedade Industrial, Inovação e Sustentabilidade, Formação

Jurídica, Formação Jurídica II, Formação Jurídica III, Fazendo a Coisa Certa, Revista Jurídica da Cesuca e Diálogos do Direito.

A Cruzeiro do Sul Educacional

Quando a Cesuca passa a integrar o Grupo Cruzeiro do Sul Educacional, em 2018, passa também a fazer parte de sua história empreendedora. Em seus mais de 50 anos de atividades, a organização, cuja sede encontra-se em São Paulo, capital, vem investindo pesado na expansão e fortalecimento da sua marca, agregando instituições com presença regional forte e estratégica em várias localidades do país. Assim, atua em todos os níveis de ensino, da Educação Infantil à Pós-graduação, com cursos presenciais, semipresenciais e a distância. Só nessa modalidade, são mais de 900 Polos EAD em todo o território nacional. A cada nova aquisição, uma premissa básica é rigorosamente cumprida: preservar a identidade das instituições sem abrir mão dos princípios éticos e ideais de educação que norteiam as ações da Cruzeiro do Sul Educacional. É um profundo conhecimento de mercado que torna o grupo um dos mais representativos e eficientes no setor e gerador dos melhores indicadores acadêmicos.

2019 a Cesuca pelo terceiro ano consecutivo, conquista o Prêmio Marcas em Destaque, na categoria Instituição de Ensino Superior, uma votação online entre consumidores sobre as empresas mais lembradas pelas boas práticas realizadas.

O sucesso de uma trajetória de muito trabalho pode ser visualizado a partir dos resultados alcançados em duas décadas de atividades educacionais: - a Cesuca é uma das referências no ensino superior gaúcho; - seus Cursos de Graduação, Pós-Graduação e Extensão nas áreas de Ciências Jurídicas e Sociais, Negócios, Saúde, Tecnologia / Inovação e Licenciatura estão em alinhamento com mercado de trabalho; - a maioria

dos cursos tem conceitos 4 ou 5 do MEC (em escala de 1 a 5); - os profissionais formados são reconhecidos e bem colocados em suas áreas de atuação.

Em 2020 o sucesso de uma trajetória de muito trabalho pode ser visualizado a partir dos resultados alcançados em duas décadas de atividades educacionais: - **a Cesuca é uma das referências no ensino superior gaúcho**; - seus Cursos de Graduação, Pós-Graduação e Extensão nas áreas de **CIÊNCIAS JURÍDICAS** e Sociais, Negócios, Saúde, Tecnologia / Inovação e Licenciatura estão em alinhamento com mercado de trabalho; - a maioria dos cursos tem conceitos 4 ou 5 do MEC (em escala de 1 a 5); - os profissionais formados são reconhecidos e bem colocados em suas áreas de atuação.

Ensino

A CESUCA vem realizando com excelência seu trabalho. Temos hoje uma estrutura condizente com os mais de 40 cursos presenciais de graduação, pós-graduação e extensão, além dos oferecidos também a distância, abrangidos pelas Ciências Jurídicas e Sociais e áreas de Negócios, Saúde, Tecnologia/Inovação e Licenciatura. A proposta de um ensino baseado em metodologias ativas de aprendizagem e uma visão nítida de desenvolvimento das potencialidades do nossos estudantes para que se projetem na sociedade como profissionais éticos e competentes tem garantido à instituição os melhores indicadores de qualidade, tanto os fornecidos pelo MEC quanto os obtidos em rankings de classificação, como Guia do Estudante e Guia da Faculdade. A explicação para desempenhos tão admiráveis está na força de um corpo docente de alto nível que se depara com alunos engajados ao máximo em sua jornada universitária.

Extensão

A Extensão, tomada em seu sentido amplo, é o terceiro pilar que, junto com Ensino e Pesquisa, formam as bases do Ensino Superior. Vista no seu sentido estrito, podemos entendê-la como o braço da universidade na comunidade, aquele setor acadêmico que promove cursos de curta duração, jornadas de profissões, palestras e semanas de cursos. Assim também ocorre quando a Cesuca se propõe a oferecer serviços de extrema importância à população, realizando a integração entre teoria e prática. É o caso dos núcleos, laboratórios e clínicas que em ações afirmativas levam serviços de excelente qualidade à população local. Enfim, quanto mais e sociedade se desenvolve, mais evolui a Universidade, pois são atores em um processo dinâmico de estímulos e respostas às demandas em serviços e conhecimentos.

Internacionalização

A Cesuca sem fronteiras! Tão importante quanto estudar o que se gosta é poder agregar ainda mais valor ao curso que definirá sua profissão. E uma experiência internacional até que cairia bem ao seu currículo, não é mesmo? O Escritório de Internacionalização e Redes de Cooperação – EIRC foi criado exatamente para isso: ser o articulador nas demandas relativas à Internacionalização da Cesuca. Isso significa que os professores responsáveis por esse setor estarão voltados a propor atividades relacionadas a programas de mobilidade acadêmica, ou seja, intercâmbios, e tudo que orbite o assunto, seja orientando alunos interessados em estudar no exterior, recebendo alunos de outros países que irão estudar na instituição, estabelecendo novas parcerias com universidades estrangeiras, entre outras iniciativas. Para conseguir uma bolsa de estudos no exterior, é preciso consultar o edital que regulamenta o processo seletivo.

Aqui mais informações caso você leitor queria conhecer mais sobre a CESUCA. <https://www.cesuca.edu.br/a-cesuca/>

A parceria entre os Coordenadores deste livro

Os professores do Centro Universitário do Cesuca, do curso de Direito, a professora Cristiane Feldmann, o professor Cláudio Kieffer Veiga e o professor Moisés de Oliveira Matusiak, iniciou porque os três, fizeram o curso de Mestrado em Direito com ênfase em Direitos Humanos, juntos no mesmo período.

Através da admiração, qualidade das suas pesquisas e parcerias na construção do saber, nos tornamos amigos e por sorte, trabalhamos na mesma instituição acadêmica.

A oportunidade de publicação desta obra, é uma forma de celebração dos 10 anos do curso de DIREITO.

Conta com a ajuda conjunta entre os organizadores docentes e os discentes, para estimular com qualidade a publicação de artigos, conforme as normas da ABNT NBR 6022:2018: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa, NBR 6023:2018: informação e documentação: referências: elaboração, NBR 6024:2012: numeração progressiva das seções de um documento: procedimento, NBR 6027:2012: sumários: procedimentos NBR 6028:2021: resumos: procedimentos, NBR 10520:2002: informação e documentação: apresentação de citações em documentos, NBR 14724:2011: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação, NBR 15287:2011: informação e documentação: projeto de pesquisa: apresentação.

Todos os artigos estão no formato de referência em nota de rodapé.

Contamos com a participação sobre este livro com textos do Reitor do Centro Universitário do CESUCA Dr. Ricardo Muccillo, da Coordenadora acadêmica Doutora Mariana Menna Barreto Azambuja (que

inclusive sugeriu o nome desta obra), do Coordenador do Direito e o Dr. Guilherme Feldens.

Os 15 artigos da presente obra são de grande relevância, tanto acadêmica quanto social, o que demonstra a responsabilidade e o comprometimento dos alunos que estão ou que já passaram no Centro Universitário do Cesuca.

10 de Agosto de 2021.

Teoria da perda de uma chance à luz do princípio da reparação integral

Camila Iglesias Ribeiro ¹
Guilherme Damasio Goulart ²

1. Introdução

A responsabilidade civil representa o anseio de justiça, fundamenta-se no dever de reparar o prejuízo sofrido pela parte prejudicada/vítima. Dessa necessidade, surge o princípio da reparação integral, que envolve a restituição/indenização dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais violados. A teoria da perda de uma chance surgiu na Europa mais precisamente na França. Pode-se dizer que é recente a sua utilização no nosso país.

O propósito do tema apresentado é o estudo dogmático destinado à análise da Teoria da Perda de uma Chance e sua intrínseca relação com o Princípio da Reparação Integral. O Princípio da Reparação Integral está positivado no ordenamento jurídico pátrio por meio do artigo 944 do Código Civil Brasileiro, no qual dispõe em seu *caput* que: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Já a teoria da perda de uma chance é um evento danoso que ocasiona para alguém uma chance perdida de obter um ganho determinado ou de evitar uma perda. A finalidade é buscar na interpretação da regra descritiva do artigo 944 do Código Civil e nos parâmetros estabelecidos pelo princípio da reparação integral o ressarcimento pela lesão que decorre da perda de uma chance.

¹ Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Conciliação, Mediação e Arbitragem pela Cruzeiro do Sul Virtual. Bacharel de Direito pela Faculdade CESUCA-Inedi RS, E-mail: camila_iglesias88@hotmail.com.

² Professor orientador da monografia. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Docente de Direito de Graduação no Centro Universitário Cesuca. E-mail: guilherme@direitodatecnologia.com

Neste sentido, o problema de pesquisa abordado neste trabalho é: a perda de uma chance tem características suficientes para enquadrar-se no princípio da reparação integral e ser uma teoria plenamente aplicável na reparação dos danos? Em sendo positiva a resposta, ainda, cabe a redução da indenização arbitrada para a reparação dos malefícios provocados pela perda de uma chance prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002?

Busca-se reunir a análise dos fundamentos apresentados pela doutrina sobre a teoria da perda de uma chance para verificar se a hipótese é sustentável ou não. Cumpre esclarecer que não é a intenção o esgotamento da discussão sobre o tema escolhido, mas buscar de forma construtiva o melhor entendimento da teoria. Portanto, necessário e pertinente o presente estudo para o completo atendimento do princípio da reparação integral e promoção da correta aplicação da teoria da perda de uma chance.

2. Princípio da reparação integral

O ponto de partida é “a etimologia da palavra, o vocábulo princípio se refere, a um só tempo, a ponto de partida (ato de principiar) e alicerce sobre o qual determinada situação se justifica e sustenta”.³ Dessa forma, “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto comandos de otimização”.⁴ Reale corrobora que princípios “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e

³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 7, nº 1, p. 01-25, 2018. p. 04. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>. Acesso em 22 ago. 2018.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (org.). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. E-book (não paginado).

orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.⁵

O princípio da reparação integral é uma recente vitória no direito brasileiro referente à sua disposição em um artigo. Apesar disso, mesmo antes da codificação civil de 1916, já era internalizado que a vítima deveria ser ressarcida pelo dano sofrido. Era um entendimento, mas não estava codificado. Partindo do Código Civil de 1916, “apesar de não constar do texto legislado, [...] a proposta normativa girava em torno da imposição da indenização integral”.⁶ O mais próximo que se tinha de registro utilizado como “reparação integral” é o artigo 1.059 do Código Beviláqua,⁷ relativo às perdas e danos que foi inspirado no Código Civil Francês, que foi o preconizador do princípio da reparação integral.

O reconhecimento do princípio da reparação integral no ordenamento nacional ocorre primeiramente por meio da concepção da Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos V e X, que promovem a indenização por dano material, moral e à imagem. E posteriormente, no mesmo diploma que o princípio foi enaltecido, Código Civil, os arts. 402 e 927 corroboram para a sua existência. Nesse rumo, “uma das preocupações centrais tem sido a busca da reparação mais completa possível dos danos sofridos pela vítima de um evento danoso”.⁸

Diz-se, por isso, que “a reparação do dano é o principal efeito da responsabilidade civil”.⁹ Assim, o princípio da reparação integral foi

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

⁶ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁷ Artigo 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil. p. 666.

consagrado de forma expressa no Código Civil de 2002, assentado no Título IX, capítulo II, concernente da indenização, por meio do artigo 944, caput, que diz: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.¹⁰ Tartuce assevera que “Pela situação metodológica, é possível afirmar que tem incidência tanto nos casos de responsabilidade contratual quanto na responsabilidade extracontratual, em uma tentativa de unificação desse sistema dualista de responsabilidades”.¹¹

Outra ponderação importante é que claramente o *caput* do artigo define “a prevalência do dano sobre a culpabilidade na fixação da indenização correspondente aos prejuízos ensejados pelo ato ilícito”.¹² Sanseverino, que tem obra dedicada exclusivamente ao princípio da reparação integral, corrobora que tal princípio: “busca estabelecer uma relação de equivalência entre a extensão dos danos sofridos pela vítima (elemento do ato ilícito e pressuposto da responsabilidade civil) e a indenização correspondente (prestação da obrigação de indenizar)”.¹³

O princípio da reparação integral “é dotado de valor dogmático, pois tem sido a diretriz fundamental utilizada pela jurisprudência para a quantificação da indenização no direito brasileiro relativa aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais”.¹⁴ Não obstante a sua relevância, não se compreende como um princípio sem restrições, “podendo sofrer mitigações, em caráter excepcional”.¹⁵ Dessa forma, “A reparação integral

¹⁰ Rui Stoco entende que o texto disposto no artigo é redundante. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. rev., atual. e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. II. p. 397.

¹¹ TARTUCE, Flávio. Indenização e Extensão do dano. Redução Equitativa da Indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. Cap. 36, p. 575. (grifo autor).

¹² SANSEVERINO, op. cit., p. 50.

¹³ SANSEVERINO, op. cit., p. 32.

¹⁴ BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 58

¹⁵ MONTEIRO FILHO, op. cit., p. 05.

é de alcance relativamente simples no setor dos danos emergentes puramente patrimoniais, mas a dificuldade de sua avaliação será sentida no cálculo dos lucros cessantes e da condenação pela perda de uma chance”.¹⁶

As formas de reparação servem para recompor os prejuízos causados pelo evento danoso. É segmentado em dois tipos: reparação natural e reparação pecuniária, conforme disciplina o art. 947 do Código Civil de 2002: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

A reparação natural é também conhecida por *in natura*, espécie ou específica. Pontes de Miranda descreve como “restabelecimento do estado anterior, tal como era que decorreu entre o fato ilícito e a restauração”.¹⁷ Esse tipo de reparação “nem sempre é possível, ou mesmo viável, dependendo da natureza do dano”.¹⁸ A reparação em pecúnia é também conhecida por reparação por equivalente. Braga Netto, Farias e Rosenvald estabelecem que “a reparação se dará em pecúnia, mediante o pagamento de uma indenização que razoavelmente possa equivaler ao interesse lesado”.¹⁹

O princípio da reparação integral é classificado em uma tripla função: compensatória, indenitária e concretizadora.²⁰ A função compensatória “também pode ser designada de função indenizatória, ressarcitória”²¹ ou reparatória, é a que retrata a essência do princípio da reparação integral,

¹⁶ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; op. cit., p. 58.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto, confusão, remissão de dívidas, novação, transação, outros modos de extinção. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXVI. p. 52-53.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. TEDEPINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018., E-book. p. 397.

¹⁹ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; op. cit., p. 56-57.

²⁰ SANSEVERINO, op. cit., p. 57.

²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1: Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. p. 436.

pois está voltada para a “reparação da totalidade do dano”.²² A função indenitária tem variações na sua nomenclatura, Sanseverino na sua obra desmembra essa função em compensação de vantagens e indenização punitiva, referente a limitação pelo teto indenizatório²³. Contudo Noronha classifica diretamente como sancionatória ou punitiva.²⁴

Pode ser entendida como “vedação de enriquecimento injustificado do lesado”.²⁵ Dessa forma, “permite estabelecer uma conexão entre os princípios da reparação integral (art. 944) e o da vedação do enriquecimento sem causa, ambos positivados pelo CC/2002 (art. 884)”.²⁶ Porém não se podem confundir os princípios, na reparação integral busca-se restituir o patrimônio do lesado como era antes do evento danoso e o enriquecimento sem causa é estritamente patrimonial, o lesado não pode receber mais do que o dano sofrido, visa também a restituição de valores recebidos a mais.

A última função a ser analisada é a concretizadora, que visa à “avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos”.²⁷ Sanseverino delinea que “atende à exigência de que a indenização corresponda, na medida do possível, aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo juiz”.²⁸ Com efeito, “a quantificação da justa indenização exige do juiz um permanente cuidado

²² BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; op. cit., p. 57. Nesse sentido, Pontes de Miranda conceitua a respeito da extensão do dano “O que se há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo dano’ se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor”. Cf. PONTES DE MIRANDA, 2003. t. XXVI. p. 70. (grifo autor).

²³ Cf. SANSEVERINO, 2010, p. 63-76.

²⁴ Cf. NORONHA, 2007, p. 437. Compartilham do mesmo posicionamento Cf. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.95 e Cf. TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. E-book. p. 61.

²⁵ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; op. cit., p. 57.

²⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 60. Artigo 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²⁷ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; op. cit., p. 57.

²⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 76.

com as peculiaridades do caso concreto no momento da aplicação das regras desenvolvidas pela legislação e pela jurisprudência”.²⁹

Por fim, o princípio da reparação é um norte para os “operadores do direito, particularmente aos juízes, na sua tarefa de concretizar a reparação dos danos, embora esteja longe de resolver todos os problemas práticos que surgem no cotidiano forense”.³⁰

3. Teoria da perda de uma chance

Inicia-se com abordagem histórica da perda de uma chance, que teve seu o nascimento em terras estrangeiras, no continente europeu, mais precisamente na França, conhecida por “*perte d’une chance*”,³¹ na qual também teve o seu maior progresso e desenvolvimento.

No Brasil, a exposição da teoria da perda de uma chance é algo bem recente em nosso ordenamento. Como uma primeira tentativa de perda de uma chance, mas sem essa nomenclatura, ou até mesmo alusão, Dias disserta a respeito da responsabilidade civil do advogado, referente à perda de prazo. Conforme o dado disposto na obra acredita-se que esse caso tenha ocorrido em 1940.³²

Contudo, foi no ano de 2005, que a teoria da perda de uma chance ganhou ênfase, o caso repercutiu por se tratar de um programa televisivo da época de grande audiência, o Show do Milhão. O conflito no qual gerou o processo é que a última pergunta que valia 1 milhão de reais, não tinha resposta correta. O caso chegou até o Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 788.459/BA e julgamento ocorreu em 8 de novembro de 2005.

²⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 77.

³⁰ SANSEVERINO, op. cit., p. 79.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107.

³² DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 425-426.

3.1 Conceitos gerais e espécies de perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance faz parte dos estudos da responsabilidade civil no direito pátrio. O cenário atual “de reparação de danos relativos à perda de chances, de natureza um tanto aleatória, é um dos aspectos em que se revela o fenômeno contemporâneo da expansão dos danos suscetíveis de reparação”.³³

O termo perda é de simples entendimento, expressa extravio, privação e prejuízo. O vocábulo chance “traduz a ideia de oportunidade, de probabilidade, de possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo”.³⁴ Noronha, define que chance é quando “estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico”.³⁵

Savi afirma que chance em “sentido jurídico”, é “a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda”.³⁶ Gondim ressalta que “A chance está, assim, dentro de uma zona gris entre o que pode ser reparável e o que deve ser rejeitado”.³⁷ Em suma, e de forma geral, chance simboliza a esperança indispensavelmente hipotética, concretizada em um desfecho de proveito ou prejuízo, apurado conforme o caso.³⁸

Dito isso, a chance tem dois critérios imprescindíveis, chance séria e real e a imprescindibilidade da quantificação apropriada, aferição das chances. No primeiro, Silva afirma que “a chance por este perdida deve

³³ NORONHA, op. cit., p. 672.

³⁴ FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 10, p. 119-149, jan./mar. 2017. p. 05. Revista dos Tribunais On Line.

³⁵ NORONHA, op. cit., p. 669.

³⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

³⁷ GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013. p. 57.

³⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”.³⁹ Não se baseia em uma simples vontade, um querer imaginado ou teoria de premiação de “oportunistas”,⁴⁰ é embasado na verificação da “seriedade da chance perdida”.⁴¹ Quer dizer que, o atributo primordial “é a certeza da probabilidade e não a certeza do dano”.⁴² No Brasil a chance séria e real não fica “adstrita a percentuais apriorísticos”.⁴³ Isso que dizer que não há porcentagem mínima definida para a utilização da perda de uma chance.

No segundo critério, Chadi descreve sobre a natureza aleatória da chance, no qual: “o aniquilamento da chance causará como resultado a incerteza de qual seria a consequência caso ela não tivesse sido interrompida. Assim, concretamente, ela poderia se converter no todo, em parte ou em nada. No entanto, não mais se sabe o que aconteceria”.⁴⁴

Assim, existe a proporcionalidade no valor da indenização, nunca o pagamento da totalidade. Em continuidade, Pereira e Torres afirmam que “o cálculo deve expressar a melhor adequação ao caso concreto, ainda que não esboce a melhor justiça”,⁴⁵ bem como defendem que: “o valor da chance perdida será sempre menor que o valor que se concederia pela perda do resultado final”.⁴⁶

Dessa forma, Godim define que “[...] o propósito desta teoria, qual seja, reparar a vítima que teve um efetivo ganho frustrado, repudiando-se casos hipotéticos que possuem o único objetivo de criar uma gama de

³⁹ SILVA, op. cit., p. 138.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 108.

⁴¹ SILVA, op. cit., p. 220.

⁴² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 80.

⁴³ SILVA, op. cit., p. 73.

⁴⁴ CHADI, Ricardo. *Natureza Jurídica do dano decorrente da perda de uma chance*. 2017. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Belo Horizonte, 2017. p. 129.

⁴⁵ PEREIRA, Agnolécia Santos. TORRES, Felipe Soares. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 958, p. 23-44, ago. 2015. p. 09. Revista dos Tribunais On Line.

⁴⁶ PEREIRA; TORRES; op. cit., p. 09.

pretensões indenizatórias sem fundamento”.⁴⁷ Por fim, a quantia referente à indenização é verificada de acordo com o grau de probabilidade, por arbítrio do juiz.⁴⁸

Outro ponto que deve ser esclarecido é que a diferença entre chance e dano hipotético. O dano hipotético não é carecedor de indenização ou reparação, é algo considerado fictício, uma “esperança subjetiva”,⁴⁹ devido à “impossibilidade de determinar qual seria o resultado final”.⁵⁰ O mesmo importunaria a segurança jurídica caso entendido como forma de reparação. Passamos a análise das espécies de perda de uma chance.

3.1.1 Perda de uma chance clássica – Atingir vantagem futura

A primeira espécie, a de atingir vantagem futura, é também definida como clássica, nomenclatura utilizada na “doutrina francesa”, é a que representa a teoria como um surgimento, como essência de uma “nova” reparação. Noronha conceitua essa espécie da seguinte forma:

Nesta modalidade de perda de chances houve, em razão de um determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em *realizar um benefício em expectativa, como em evitar um prejuízo futuro*.⁵¹ (grifos autor).

Ainda, Silva declara que “para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo

⁴⁷ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, p. 11-36, out. 2005. p. 13. *Revista dos Tribunais On Line*.

⁴⁸ FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito Civil*: responsabilidade civil. Caxias do Sul: Educus, 2013. p. 126.

⁴⁹ SILVA, op. cit., p. 138.

⁵⁰ PEREIRA; TORRES, op. cit., p. 06.

⁵¹ NORONHA, op. cit., p. 676.

aleatório antes de chegar ao seu fim”.⁵² Em síntese, Chadi reconhece o que ocorre nesta espécie de perda de uma chance, é que a “oportunidade já se encontrava incorporada nos direitos do seu titular, mas não o resultado. O titular teria a oportunidade de incorporar ao seu patrimônio este benefício, mas isto lhe foi retirado”.⁵³ Cavalieri Filho demonstra possíveis circunstâncias de aplicação da perda de uma chance devida atitude de terceiro que faz com que a vítima perda a vantagem futura:

[...] como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem. Essas são típicas hipóteses da chamada perda da chance clássica, nas quais a conduta do agente faz a vítima perder a chance. Há certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato.⁵⁴

Apresentada a espécie clássica, será demonstrada a seguinte espécie, a de evitar um prejuízo de fato ocorrido.

3.1.2 Perda de uma chance de evitar um prejuízo de fato ocorrido

A segunda espécie tem como objetivo de exibir a perda de chance de evitar um prejuízo de fato ocorrido, Noronha conceitua da seguinte maneira:

[...] para que se possa falar em perda da chance de ter evitado um prejuízo que efetivamente se verificou (e por isso é dano presente), é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidades de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não se possa garantir que com

⁵² SILVA, op. cit., p. 105.

⁵³ CHADI, op. cit., p. 140.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 108.

tal atuação o dano teria sido evitado. Também aqui o resultado almejado (evitar um prejuízo) tinha natureza mais ou menos aleatória.⁵⁵

Neste sentido Chadi sustenta que “a chance também já se encontrava integralizada nos direitos do seu titular, mas o resultado prejudicial ocorrido talvez pudesse ter sido evitado caso o agente não tivesse realizado fatos que atacasse a chance existente”.⁵⁶ Aguiar Júnior explica essa espécie por meio de exemplo:

“A” tem a expectativa de evitar ou diminuir um prejuízo (um incêndio, um assalto). Esse prejuízo realmente ocorre. “B”, por ação ou omissão, eliminou essa expectativa (os aparelhos de prevenção instalados não funcionaram, ou funcionaram mal). “B” não responde pelo resultado mediato (incêndio ou assalto), mas apenas pela perda da chance de evitá-lo (resultado imediato, dano imediato). O lesado deverá provar que (i) a expectativa de evitar existia, com os cuidados preventivos que adotara; (ii) a ineficiência dos serviços de proteção, que eliminaram a sua expectativa; (iii) o grau de probabilidade de evitar o resultado mediato. Se “A” está colocado na posição de garantidor do bem ameaçado e se omite na sua proteção, “A” responde pelo resultado. É o mesmo que acontece no direito criminal, quando se pratica crime comissivo por omissão, que somente pode ser cometido por quem é o guardião e não cumpre o seu dever, assim permitindo que o resultado danoso ocorra. Responde pelo resultado final.⁵⁷

Em suma, nesta espécie “as chances são totalmente aniquiladas, pois o prejuízo veio à tona de forma definitiva, consolidada, não tendo como imaginar uma nova oportunidade análoga”.⁵⁸ Passa-se a análise da última espécie, a perda de uma chance por ausência de informação.

⁵⁵ NORONHA, op. cit., p. 680.

⁵⁶ CHADI, op. cit., p. 140.

⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe (coord.); TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 444. E-book.

⁵⁸ CHADI, op. cit., p. 140.

3.1.3 Perda de uma chance por ausência de informação

Na terceira e última espécie, denominada de perda de uma chance por ausência de informação, Noronha entende que ela é uma subdivisão da segunda espécie. Conceitua da seguinte forma:

[...] quando alguém sofre um determinado dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar. Nestes casos uma decisão mais esclarecida poderia eliminar o risco de o lesado sofrer o dano, ou pelo menos poderia reduzi-lo.⁵⁹

Além disso, Noronha refere que a utilização ocorre com frequência na seara médica.⁶⁰ Silva não trata a ausência de informação como uma espécie de perda de uma chance, no entanto disciplina que:

A reparação pela quebra do dever de informar ocorre sempre que uma pessoa, que deveria ter sido bem informada, venha a sofrer um dano que poderia ter sido evitado pela informação adequada. Entretanto, nota-se uma característica da reparação pela quebra do dever de informar que a diferencia das outras utilizações da perda de uma chance: a realização do dano depende da atitude da vítima.⁶¹

A frase final de Silva faz mudar o padrão e diferencia da espécie anterior, pois agora o fato precisa do ato do lesado. Novamente sob a visão de Noronha, em artigo escrito em 2015, mesmo seguindo a linha da sua doutrina em relação à teoria, contudo faz uma sensata observação pertinente a essa espécie, informa que se não tem utilidade a informação, não carece a responsabilidade

⁵⁹ NORONHA, op. cit., p. 689.

⁶⁰ NORONHA, op. cit., p. 691.

⁶¹ SILVA, op. cit., p. 162.

São casos em que o problema da responsabilidade por perda de chance só surge nas hipóteses em que o ato que acabou causando o dano fosse evitável. Na verdade, quando o ato que acabou se revelando danoso fosse absolutamente inevitável, seria inútil a prestação de informações e, portanto, nunca poderia haver responsabilidade.⁶²

Portanto, independentemente de acreditarem ou não nesta espécie, que basicamente é uma subespécie da anterior, não há necessidade de demonstração prática, visto que a perda de uma chance por falta de informação pode encaixar-se em qualquer matéria. Contudo, tem destaque também na seara médica. Para ter aplicabilidade, tem que possuir a comprovação do requisito exibido, qual seja, o dever de informar que evitaria da lesão.

3.3 Perda de uma chance e o artigo 944 do Código Civil

O último ponto aborda a teoria da perda de uma chance e o artigo 944 do Código Civil. A aplicação da teoria ocorre com o episódio lesivo que “acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda”.⁶³ E o artigo 944 do Código Civil, conforme já foi exposto, o *caput* representa o princípio da reparação integral no qual “a reparação deve alcançar todo o dano”,⁶⁴ independente de ser “contratual ou extracontratual, opera-se necessariamente em dois planos sucessivos, tendo como objeto a declaração da existência de responsabilidade e a verificação da extensão dos danos a serem

⁶² NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Doutrinas Essenciais de Danos Moral*, São Paulo, v. 01, p. 1317-1339, jul. 2015. p. 11. Revista dos Tribunais On Line.

⁶³ SANSEVERINO, op. cit., p. 166.

⁶⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.); FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 765.

ressarcidos”.⁶⁵ Já o parágrafo único do artigo retrata a sua mitigação. Cumpre salientar que o *caput* do artigo 944 do Código Civil “está preocupado com a equivalência entre a extensão dos danos sofridos pela vítima e a indenização estabelecida em virtude desta”.⁶⁶ Nesse sentido, necessário responder o questionamento aventado na introdução, a teoria da perda de uma chance tem características suficientes para enquadrar-se no princípio da reparação integral?

Sanseverino assevera que:

O princípio da reparação integral tem plena incidência para um ressarcimento amplo da chance perdida pelo lesado, devendo-se apenas ter cuidado de não se perder a atenção para o fato de que não se indeniza o dano final, mas a chance perdida. O dano final era a vantagem esperada pelo lesado, que foi definitivamente perdida, enquanto a chance perdida é um prejuízo autônomo, que é o objeto da reparação, devendo ser esta integral.⁶⁷

Embora a perda de uma chance não esteja codificada em nosso ordenamento jurídico, é amplamente debatida pelos doutrinadores e aplicada na jurisprudência. Mesmo com tal questionamento, isso não interfere ou impede a sua incidência no princípio da reparação integral, esses questionamentos só buscam uma forma de reparação das chances sérias e reais que a vítima sofreu, adequando o enquadramento de acordo com o caso concreto.

A reparação das chances está implícita no princípio da reparação integral. Isso se justifica, pois a teoria da perda de uma chance é uma forma diferente de reparação, indeniza a chance perdida e não o dano final. Uma vez que “A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável,

⁶⁵ VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do código civil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 214-248, 2013, p. 216.

⁶⁶ CHADI, op. cit., p. 42.

⁶⁷ SANSEVERINO, op. cit., p. 172.

consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível”.⁶⁸ Além disso, se a perda de chance integra uma categoria de danos indenizáveis e incide o princípio da reparação integral, imprescindível expor se é possível a mitigação do princípio em relação à perda de uma chance.

A inspiração da inclusão do referido parágrafo no ordenamento brasileiro é no direito estrangeiro. Pode-se referir à influência da lei suíça⁶⁹ e a orientação mais relevante foi a do direito português, porém a redação do Código Civil Brasileiro é diferente dos demais.⁷⁰ Especialmente importante é referir que a redação do Anteprojeto do Código Civil de 2002 era descrita de outra forma, “se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano”,⁷¹ claramente diferente do texto que foi aprovado, que não refere nada sobre ato e sim culpa e dano, assim o que consta no Código Civil no artigo 944, parágrafo único é que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Essencialmente, o descrito no parágrafo anterior, expressa a viabilidade da redução da indenização, de forma equitativa, se presente a

⁶⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 167.

⁶⁹ Cf. MONTEIRO FILHO, 2008, p. 766. Representados pelos artigos 43 e 44 da referida lei: “Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O juiz determina o modo e a extensão da reparação, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer. (2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar.” Traduzidos, Cf. MONTEIRO FILHO, 2008, p. 767.

⁷⁰ Cf. SANSEVERINO, 2012, p. 83-84. Cf. MONTEIRO FILHO, 2008, p. 768. Na lei portuguesa representado pelo artigo 494º: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966**. Institui o Código Civil de 1966. Disponível em: <http://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 19 de jan. 2019.

⁷¹ SANSEVERINO, op. cit., p. 84.

desproporção da gravidade da culpa e a extensão do dano. Trata-se “de norma de natureza excepcional”.⁷² Sanseverino elucida que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é uma “cláusula geral, pois a hipótese legal foi formulada em termos de grande generalidade, abrangendo um amplo domínio de casos que serão definidos pelos operadores do direito”.⁷³ Portanto sua utilização exige uma ponderação do julgador, já que o propósito é evitar uma injustiça e não causar outra ainda maior.

Primeiramente no que corresponde “excessiva desproporção” contida no parágrafo, tem o sentido de “desequilíbrio entre o grau de culpa e a extensão do dano deve ser manifesta”.⁷⁴ Neste sentido Sanseverino estabelece que “Conferem-se poderes ao juiz para corrigir equitativamente, no julgamento do caso concreto, o exagero na indenização que derivaria da incidência pura e simples da norma abstrata constante do *caput* do mesmo dispositivo legal [...]”.⁷⁵

Pois bem, a culpa surge novamente como parte integrante do parágrafo que está sob análise, por meio da “gravidade da culpa e dano”. Primordialmente tem que ser ressaltado que a análise da redução age diretamente no fator “quantificação da indenização (*quantum debeat*), que [...] corresponde ao segundo momento na ordem de investigação sucessiva da responsabilidade civil”.⁷⁶ O primeiro momento é o “dever de indenizar (*an debeat*)”,⁷⁷ no qual não é analisada a redução. Assim, primeiro é necessário ter o dever de indenizar e depois conferir a possibilidade de redução com base na gradação da culpa.

⁷² MONTEIRO FILHO, op. cit., p. 765.

⁷³ SANSEVERINO, op. cit., p. 98.

⁷⁴ FERNANDES, op. cit., p. 268.

⁷⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 92.

⁷⁶ MONTEIRO FILHO, op. cit., p. 771.

⁷⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 772.

Dentro deste contexto, a gradação da culpa pode-se entender como uma escala que “deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência”⁷⁸ e classificada como grave, leve ou levíssima. Em relação ao parágrafo único do artigo 944, Stoco afirma que “deve ser entendido como a possibilidade de aplicação do princípio da equidade e de reduzir-se a indenização nas hipóteses de culpa leve ou levíssima, ou que apresente pouco vulto”.⁷⁹

Quanto ao destaque do parágrafo em “reduzir”, Machado de Melo assevera que “segundo o direito positivo, apenas está autorizada, a rigor, a redução equitativa”.⁸⁰ Em continuidade, no que concerne ao aludido parágrafo, invoca também a equidade, do latim *aequitas*,⁸¹ que quer dizer “Sentimento de equilíbrio moral, de atitude intuitiva, que permite a alguém discernir entre o que lhe parece justo ou injusto, conforme o exigido por uma justiça mais ou menos ideal”,⁸² bem como “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um”.⁸³

A equidade é uma forma de o juiz poder analisar o caso concreto sem ir contra a lei. Stoco afirma que “É instrumento válido e poderoso com a virtude de evitar iniquidades e estabelecer critérios dúcteis e adequados”.⁸⁴ Ressalta-se que essa análise é extremamente custosa, porquanto “transcende a simples aplicação da norma para se situar num campo preponderantemente interpretativo”.⁸⁵

⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Doutrinas Essenciais de Danos Morais**, São Paulo, v. 4, p. 787-817, jul. 2015, versão Revista dos Tribunais On Line, p. 06.

⁷⁹ STOCO, op. cit., p. 402.

⁸⁰ MELO, Diogo L. Machado de. **Culpa extracontratual**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195. (Coleção professor Agostinho Alvim).

⁸¹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 212.

⁸² JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. E-book. p. 88.

⁸³ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 259.

⁸⁴ STOCO, op. cit., p. 400.

⁸⁵ KFOURI NETO, op. cit., p. 04.

No que tange ao vocábulo final do parágrafo único do artigo 944, a indenização, deve-se abranger tanto o dano material quanto o moral, pois não existe essa distinção no parágrafo.⁸⁶ Assim sendo, a redução pode ocorrer em ambos os tipos de danos.

De certa maneira a análise da reparação pela chance já exige bastante do julgador, vinculada a redução do parágrafo único do artigo 944, esse cuidado dobra. Sobre essa indagação, Sanseverino tem uma proposta para o referido parágrafo, não diretamente para a solução nos casos de perda de uma chance, no entanto a sua visão poderia ajudar a enfrentar o problema. De forma geral, Sanseverino recomenda uma interpretação substitutiva nos casos de responsabilidade objetiva no que tange ao parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, no qual a parte que diz respeito à descrição “gravidade da culpa”⁸⁷ deve-se preencher com “relevância da causa”,⁸⁸ “visto que se trata de norma voltada à quantificação da indenização”.⁸⁹ Essa forma de interpretação não restringe a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na redução da indenização. É uma proposta arriscada, visto que está retirando algo definitivamente escrito por algo não escrito.

Mas, independentemente dessa substituição de texto, o posicionamento de Sanseverino é de que não existe confusão entre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil e a teoria da perda de uma chance, baseia-se que o critério utilizado pelo parágrafo é a “manifesta desproporção entre a culpa e o dano” e na perda de chance os protagonistas são o dano e o nexos causal.⁹⁰

⁸⁶ MELO, op. cit., p. 195.

⁸⁷ SANSEVERINO, op. cit., p. 125.

⁸⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 125.

⁸⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 126.

⁹⁰ SANSEVERINO, op. cit., p. 173.

Peteffi da Silva ressalta que a perda de chance não tem relação com o referido parágrafo:

De fato, o perigo que envolve o novo dispositivo legal não guarda qualquer relação com a possibilidade de admissão da responsabilidade pela perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio. Pode, contudo, oferecer terreno fértil para graves incompreensões em relação à fundamentação de hipóteses típicas de perda de uma chance.⁹¹

Para exemplificar a diferença do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil e a teoria da perda de uma chance, Peteffi da Silva utiliza o exemplo do advogado que não propõe ação:

[...] em tempo hábil, fazendo prescrever o direito do seu cliente, incorre em falha grave. Entretanto, o dano do cliente não tomará grandes proporções se o causídico provar que as chances de êxito da demanda eram muito baixas. Aqui, não se poderá utilizar a regra do parágrafo único do art. 944, já que não há desproporção entre culpa e dano; o que há é a falta de nexos causal entre a conduta do réu e o dano final (valor da causa), restando a reparação de um prejuízo específico: as chances perdidas.⁹²

Entende-se que existe essa possibilidade, pois a teoria da perda de uma chance anda pelos dois mundos da responsabilidade civil, a objetiva (teoria do risco) e subjetiva (culpa),⁹³ e se o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil tem aplicabilidade na responsabilidade objetiva, da mesma forma pode ocorrer eventualmente na perda de chance. Não se têm aqui como prever ou exemplificar todas as possibilidades de aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil na teoria da perda de uma chance, apesar disso partindo do exemplo do advogado, Sanseverino

⁹¹ SILVA, op. cit., p. 233-234.

⁹² SILVA, op. cit., p. 237.

⁹³ SILVA, op. cit., p. 233.

explica que “se a culpa foi leve e os prejuízos a serem indenizados de grande monta, além do reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma chance, pode-se também reduzir equitativamente o montante da indenização”.⁹⁴

Quer dizer que no caso de poder ser atribuída uma culpa leve ao advogado, a redução poderia ocorrer pelo artigo 944, parágrafo único do Código Civil. Depreende-se que com base neste reconhecimento que isso acontece, pois o valor fixado a título de indenização é determinado por arbitramento do juiz, em análise do caso concreto, podendo então resultar na hipótese de redução também nos casos de perda de uma chance.⁹⁵ Acredita-se que a incidência da aplicabilidade da cláusula de redução nos casos de perda de uma chance são baixas, visto que a própria análise da chance já demanda do julgador uma ponderação referente à quantia estipulada como indenização. Ressalta-se que os critérios para julgamento da redução devem ficar devidamente esclarecidos, diferenciando o valor arbitrado pela chance e o motivo pelo qual refere à redução, para não incorrer na incompreensão da teoria.

Conclusão

Diante do exposto, o princípio da reparação integral, agrega a responsabilidade civil os parâmetros para a indenização. A reparação do todo que se refere ao dano é bem difundida nas categorias mais tradicionais, porém é discutida em relação à teoria da perda de uma chance.

O caminho traçado pela responsabilidade civil revela que existem diversas indagações sobre a teoria da perda de uma chance que foi pautada principalmente pela visão doutrinária com exposição de jurisprudências

⁹⁴ SANSEVERINO, op. cit., p. 174.

⁹⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 174.

sobre o tema. A teoria da perda de uma chance não está disciplinada em uma lei, mas nem por isso pode deixar de ser aplicada. Por vezes os doutrinadores entendem a utilização do artigo 402 do Código Civil de 2002 para a aplicação da teoria. Esse artigo representa os danos emergentes e lucros cessantes, mas a teoria tem parâmetros bem delineados e difere desses institutos. Pode se destacar como pontos de diferença dos danos emergente e lucros cessantes em relação à teoria da perda de uma chance, é que a chance busca o ressarcimento de um ponto que fica localizado entre as duas, em razão da perda de chance ceifar algo que poderia ser naturalmente vantajoso. Os danos emergentes contam com uma precisão que não ocorre na teoria da perda de uma chance. A similaridade da perda de chance e dos lucros cessantes, é que ambas estão ligadas ao um evento futuro, porém a chance é ligada a uma conjectura do resultado para obter uma quantia a título de indenização, já os lucros cessantes representam a indenização do dano final com base no que “razoavelmente deixou de lucrar”.

A perda de chance não é um dano hipotético, pois o mesmo não é passível de indenização. A chance é uma oportunidade fracassada. A teoria tem como fundamento a chance séria e real, neste caso exclui a possibilidade de uma mera expectativa abstrata, a chance séria é a certeza do provável, e neste caso “uma probabilidade razoável é a única certeza”.⁹⁶ Isso não quer dizer que seja estabelecida uma porcentagem mínima para inserir a perda de uma chance, pois, realmente, mesmo com uma probabilidade baixa de êxito ou evitar um prejuízo, a teoria visa sanar uma perda realmente importante, independentemente de percentual, porém o

⁹⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); TARTUCE, Flávio (coord.). **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 27.

percentual baliza a indenização. Cabe ressaltar novamente que a teoria nunca vai corresponder o total da vantagem esperada.

Isso corresponde a outro parâmetro caracterizador da teoria, que representa a quantificação apropriada, esse ponto tem ligação direta com as funções do princípio da reparação integral. De certa forma, as funções que fazem parte são: a função compensatória, pois a perda de chance vai indenizar os malefícios suportados pela vítima, correspondente a probabilidade da chance, bem como a utilização da função concretizadora, dado que vai representar a dimensão da chance.

A perda de chance tem aplicabilidade nos danos morais e patrimoniais, do mesmo modo atua na responsabilidade subjetiva e objetiva. Entretanto os pontos delicados abrangem o dano e a causalidade. O dano na perda de uma chance corresponde à própria chance perdida, na qual é verificada a certeza da probabilidade.

Na demonstração das espécies da teoria da perda de uma chance, foi utilizada a divisão de Fernando Noronha. O padrão de divisão de Noronha inclui como primeira a perda de uma chance clássica – atingir vantagem futura, no qual ocorre a retirada da possibilidade de algo vantajoso. A segunda, a perda de chance de evitar um prejuízo, caracteriza-se que a chance já estava ali, o que não ocorreu foi o processo interruptivo de evitar o prejuízo. E a última espécie é a perda de chance por ausência de informação, este caso ocorre quando a falta de uma informação interfere em um resultado e não evita a lesão.

Diante de todo o exposto, as conclusões foram no sentido de que a teoria da perda de uma chance é uma forma de reparação dos danos essenciais ao que exige o princípio da reparação integral.

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil disserta sobre a redução da indenização quando “houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano”, de forma geral é necessária a isonomia para

essa análise e quanto à aplicabilidade ou não da teoria da perda de uma chance, deve-se atentar para não causar prejuízos maiores a quem teve uma chance perdida. Como a perda de uma chance é pautada pela certeza da probabilidade para chegar ao *quantum* devido, na esteira da lição de Sanseverino, é possível que seja admitida a cláusula de redução caso seja verificada alguma desconformidade do grau de culpa do agente e a extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado. Mas, independente desse posicionamento, a base para análise da teoria da perda de uma chance é o dano e o nexo causal, enquanto o parágrafo único delinea a disparidade da culpa e do dano. Para a análise da redução são invocados outros princípios para não incorrer em uma completa injustiça.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe (coord.); TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (org.). 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. E-book (não paginado).

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); TARTUCE, Flávio (coord.). **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHADI, Ricardo. **Natureza Jurídica do dano decorrente da perda de uma chance**. 2017. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Belo Horizonte, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11^a ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: responsabilidade civil**. Caxias do Sul: Educus, 2013.

FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 10, p. 119-149, jan./mar. 2017, versão Revista dos Tribunais On Line.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013.

_____. Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 840, p. 11-36, out. 2005, versão Revista dos Tribunais On Line.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. E-book.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução eqüitativa da indenização. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, São Paulo, v. 4, p. 787-817, jul. 2015, versão Revista dos Tribunais On Line.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil.

MELO, Diogo L. Machado de. **Culpa extracontratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção professor Agostinho Alvim).

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.); FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 7, nº 1, p. 01-25, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>. Acesso em 22 ago. 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1: Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil.

_____. Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Doutrinas Essenciais de Danos Morais**, São Paulo, v. 01, p. 1317-1339, jul. 2015, versão Revista dos Tribunais On Line.

PEREIRA, Agnoclébia Santos. TORRES, Felipe Soares. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 23-44, ago. 2015, versão Revista dos Tribunais On Line.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. TEDEPINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: direito das obrigações**. Extinção das dívidas e obrigações, dação em soluto, confusão, remissão

de dívidas, novação, transação, outros modos de extinção. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXVI.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil de 1966. Disponível em: <http://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 19 de jan. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9ª ed. rev., atual. e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. II.

TARTUCE, Flávio. Indenização e Extensão do dano. Redução Equitativa da Indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. Cap. 36. p. 573-599.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8ª ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. E-book.

VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do código civil. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 214-248, 2013.

Direitos humanos e educação inclusiva na rede pública de ensino: qual a possibilidade da aplicação de sanções ao Brasil pela não aplicabilidade da Declaração de Salamanca

*Daniela Mello dos Santos*¹

*Claudio Kieffer Veiga*²

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo identificar qual a possibilidade da aplicação de sanções pela inobservância da Declaração de Salamanca, tendo em vista a proteção aos Direitos Humanos e as condenações sofridas pelo Estado brasileiro, visando identificar os verdadeiros impactos no ordenamento jurídico interno.

No transcorrer da leitura deste trabalho, o leitor estará em contato com o tema da inclusão dos alunos com algum tipo de dificuldade de aprendizagem e do importante papel do Direitos Humanos sobre essa temática. A justificativa pela escolha do tema é a escassez de trabalhos relacionados nessa área e pela sua grande importância no cenário educacional atual.

O assunto tem um caráter inquietante e desafiador, sendo tema de discussão e em seus contextos sociais, sendo assim, espera-se que a escola inclusiva responda ao desafio, que lhe é colocado, de encontrar formas de atender, eficazmente, as necessidades educativas de uma população própria.

¹ Centro Universitário Cesuca. Graduada em Direito. E-mail: danielamello85@hotmail.com.

² Advogado. Mestre em Direito. Professor de pós-graduação e docente do Curso de Direito do Cesuca. E-mail: akieffer@uol.com.br.

Analisando as políticas de escolarização de pessoas com necessidades educacionais especiais, em um âmbito de Direitos Humanos, retratando os direitos fundamentais, distinguindo as gerações dos Direitos Fundamentais, trazendo, posteriormente, por meio dos dados oficiais do poder público sobre a educação básica brasileira.

Analisando os micros dados dos Censos da Educação Básica brasileira referentes à relação entre idade do aluno e série de estudo, identificaremos a evolução desses alunos com necessidades educacionais.

Em função disso, o estudo tem como objetivo a identificação dos avanços em relação à educação das crianças com necessidades especiais no Brasil; sempre com o respaldo dos Direitos Humanos, tendo por óbvio a principal satisfação às orientações das declarações e tratados que o Brasil faz parte.

2 Direitos humanos e direitos fundamentais

De uma forma objetiva, vamos explicar a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, trazendo em um primeiro momento quem são os destinatários de sua proteção. Tão somente esse critério não bastaria para uma diferenciação, pois, nesses dois casos, o destinatário é a pessoa humana.³

Tanto os Direitos Humanos, quanto os Direitos Fundamentais, foram conquistas históricas. Logo, não sendo o critério único a proteção da pessoa humana suficiente para se determinar a diferença, o aspecto capaz de separar os dois termos jurídicos, podemos encontrar na norma, assim como nos relata Sarlet⁴, o aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção:

³ SARLET.W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 208.

⁴ SARLET.W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁵

Mesmo existindo uma progressiva positivação interna dos Direitos Humanos, não poderão tais conceitos ser entendidos como um só, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto Sarlet é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.⁶

Os Direitos Humanos são aqueles previstos em tratados internacionais e considerados “indispensáveis para uma existência

⁵ SARLET, W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

⁶ SARLET, W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade”.⁷

Neste sentido, os Direitos Fundamentais como sendo os “direitos relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade”.⁸ Por implicarem, portanto, “deveres jurídicos ao Estado, os direitos fundamentais são classificados como elementos limitativos das Constituições”.⁹

Os Direitos Humanos, em geral, fazem referência ao conjunto de direitos e garantias inerentes aos seres humanos, mas estabelecidos em nível internacional. São aqueles direitos, então, previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU. E assimilados, portanto, por todas as nações que assinaram e reconhecem a Declaração. Tratam-se, enfim, de valores essenciais à persecução da dignidade humana.¹⁰

Já os direitos e garantias fundamentais, inspirados nos pactos e acordos de Direitos Humanos, são aqueles consolidados dentro do ordenamento jurídico brasileiro (em sua constituição), com base, sobretudo, no princípio da dignidade humana. São, além de garantias materiais, garantias formais.¹¹

⁷ PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Revista, ampliada e atualizada, 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 57.

⁸ RAMOS.C.A. **Curso de Direitos Humanos**. Revista, atualizada e ampliada 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 30.

⁹ RAMOS.C.A. **Curso de Direitos Humanos**. Revista, atualizada e ampliada 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 30.

¹⁰ SARLET.W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 208.

¹¹ SARLET.W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 208.

3 Direitos humanos e educação inclusiva

Pode-se mencionar o Estatuto da Pessoa com Deficiência um marco na luta existente pelos portadores de deficiência, tornando-se um instrumento de cidadania para efetivação de direitos. Este documento de lei traz o que antes era escondido, agora vem sendo discutido, reformulando a visão que se tinha dos deficientes, buscando uma nova perspectiva sobre o assunto¹². Com tantas mudanças, Glat destaca que:

Nas últimas décadas, em função de novas demandas e expectativas sociais, aliadas aos avanços das ciências e tecnologias, os profissionais da Educação Especial têm se voltado para a busca de novas formas de educação escolar com alternativas menos segregativas de absorção desses educandos pelos sistemas de ensino. Esse processo vem se acelerando, sobretudo a partir dos anos 90, com o reconhecimento da educação Inclusiva como diretriz educacional prioritária na maioria dos países, entre eles o Brasil.¹³

Lembrando que devemos refletir e entender que apenas matricular um aluno com NEE em uma instituição de ensino regular, não configura inclusão, entende que vai muito além, não é só a presença deste aluno com os demais alunos, esse é o princípio de todo um trabalho de engajamento necessário por todos que estão no sistema.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) que foi adotada em 1948, se comparada ao período histórico da humanidade, pode ser interpretada como recente, trazendo vários direitos “universais” considerados fundamentais para que possamos viver em sociedade. No que se fala em educação, temos em seu artigo parágrafo 1º que “Todo ser humano tem direito a instrução” e ainda em seu parágrafo 2º que “A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da

¹² GLAT, Rosana. **Educação inclusiva**: cultura e cotidiano escolar. Rio de Janeiro: 7 letras, 2007. p. 15.

¹³ GLAT, Rosana. **Educação inclusiva**: cultura e cotidiano escolar. Rio de Janeiro: 7 letras, 2007. p. 16.

personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais.”¹⁴

Fazendo uma breve reflexão sobre este texto podemos perceber que a afirmação de instrução” ou “educação”, que é um direito de todos, independentemente de suas condições, pode ser física, psicológica, cultural, sociais ou outras formas de distinções. Outra situação que chama bastante atenção, é o papel da educação pela busca ao respeito pelos direitos humanos e direitos fundamentais. A educação serve como ferramenta para a efetivação dos demais direitos.¹⁵

Outro trecho do parágrafo 2º do artigo 26 da DUDH, dispõe que “a educação promovera a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos (...)”.

Podemos observar que a educação inclusiva tem sua base na concepção dos Direitos Humanos, com objetivo de diminuir a exclusão na sociedade, buscando assim a efetividade na construção de uma cidadania mais democrática, não pensando só na legalidade, mas sim no dia a dia dessas pessoas PNE¹⁶, neste sentido, Monteiro afirma que:

Os Direitos Humanos, do ponto de vista histórico, carregam e traduzem na realidade uma utopia. Nesse sentido, se convertem numa plataforma emancipatória em reação e em repúdio as formas de exclusão, desigualdade, opressão, subalternização e injustiça. A Educação em Direitos Humanos combina sempre o exercício da capacidade de indignação com o direito a

¹⁴ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2006 / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006. p. 56.

¹⁵ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2006 / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006. p.57.

¹⁶ MONTEIRO, Aida; PIMENTA, Selma Garrido (coords.). **Educação em direitos humanos e formação de professores (as)**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 46.

esperança e admiração da pela vida, a partir do exercício da equidade que nasce da articulação dos princípios de igualdade e diferença.¹⁷

Frise-se que a educação em Direitos Humanos realiza a construção de um pensamento crítico desses alunos com necessidades especiais e seus familiares. Esse é um dos fundamentos defendidos no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos para a educação básica, mencionando que “a educação em Direitos Humanos deve ser um dos eixos norteadores da educação básica e permear todo o currículo, não devendo ser reduzida a disciplina ou a área curricular específica”.¹⁸

Não podemos deixar de mencionar que o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas tem um papel fundamental na efetividade da educação em Direitos Humanos, com sua principal finalidade de promover o respeito universal pela proteção dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sem discriminação de qualquer espécie, fortalecendo um convívio igualitário entre os envolvidos.¹⁹

Não há como chegar em um equilíbrio sem fomentar a igualdade através da educação e, por isso é o Conselho responsável pela educação em direitos humanos, assim também como responsável em realizar consultoria, “como fórum para diálogo sobre questões temáticas de todos os direitos humanos e apresentar à Assembleia Geral da ONU recomendações para o desenvolvimento do direito internacional nessa área.”²⁰

¹⁷ MONTEIRO, A. PIMENTA. Selma Garrido. **Educação em direitos humanos e formação de professores (as)**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 47.

¹⁸ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2006 / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006. p. 56.

¹⁹ MAZZUOLI. O.A. **Curso de Direitos Humanos**. Revista, atualizada e revisada. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 401.

²⁰ HEINTZE. H. J. **Os direitos humanos como matéria do direito internacional público**. Brasília: Escola superior do Ministério Público da União, 2009. p. 58.

4 Inclusão x exclusão no Brasil

No Brasil, segundo Bueno²¹, até a década de 1950, não se falava em educação especial, já na década de 1970, com a ampliação do subsistema educacional, com o aumento das instituições públicas e privadas de atendimento aos ANEE, foram criadas classes especiais, esta fase inicia-se com a classificação de deficientes mentais, assim sendo aplicada a escala métrica de inteligência criada por Binet e Simon (em 1905), isto é, o teste dos cocientes intelectual (QI).

Já na década de 1980, em nosso país, surge principalmente no Estado Rio Grande do Sul, os estudos e a estimulação precoce com bebês de zero até 3 anos, assim, quanto antes detectado alguma alteração em seu desenvolvimento, inicia-se a intervir mais precocemente nas desordens neuro motoras, cognitivas e afetivas, modificando o prognóstico de aprendizagem dessas crianças.

Os estudos não são para negar a existência de dificuldades ou doenças, mas sim dar ênfase e oferecer ao aluno uma mediação, para poder avaliar quais as formas de integrá-lo ao sistema educacional, e de que forma será mais eficaz para determinada necessidade.

Entendendo o conceito de necessidades educacionais especiais, remete-se às dificuldades de aprendizagem e aos recursos educacionais necessários para atender tais necessidades e evitar dificuldades.²²

Trabalhando com um discurso de igualdade e oportunidades, do ponto de vista teórico e legal, mas que parece ocorrer uma falta de acesso aos meios regulares de ensino, este ensino em um sistema especial só

²¹ BUENO, J.G.S. **Educação especial brasileira-integração, segregação do aluno diferente**. São Paulo: EDUC, 1993. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com>. Acesso em: 21 maio 2020.

²² CARDOSO DA SILVA, Marilene. **Educação Especial em direção à educação inclusiva**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 17-18

umenta a desigualdade entre os desiguais. Precisando o Brasil realizar atitudes mais drásticas ao fortalecimento das ações para encontrar um equilíbrio, sendo assim, na próxima década o País realizou algumas mudanças essenciais.²³

A partir da década de 1990, o Brasil aderiu às orientações internacionais tratadas na Declaração de Educação para Todos (Conferência Mundial de Educação para Todos de 1990) e na Declaração de Salamanca, e linha de ação sobre necessidades educativas especiais, resultado da Conferência Mundial Sobre Necessidades Educacionais Especiais.²⁴

Esses e outros documentos internacionais forneceram a base para a formulação das políticas educacionais brasileiras que incorporaram os discursos da universalização do ensino e da educação inclusiva. Cumpre destacar que, neste panorama

[...] ao assumir sua adesão à Declaração de Salamanca, o Brasil o faz numa perspectiva de compromisso internacional junto à Organização das Nações Unidas (ONU) /Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e ao Banco Mundial (BM), que promoveram o encontro. Esses compromissos apontam mais para a necessidade de se melhorar os indicadores nacionais da educação básica, priorizando os aspectos quantitativos do acesso.²⁵

Com a ampliação do acesso de alunos com necessidades educacionais especiais no sistema regular de ensino, os documentos legais e normativos

²³ CARDOSO DA SILVA, Marilene. **Educação Especial em direção à educação inclusiva**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 20.

²⁴ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA**. Enquadramento da ação: necessidades educacionais especiais. In: conferência Mundial sobre NEE acesso e qualidade- Unesco, Salamanca/Espanha: Unesco 1994.

²⁵ FERREIRA, M.C.C.; FERREIRA, J.R. **Sobre inclusão, políticas públicas e práticas pedagógicas**. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p.24.

da educação especial brasileira passaram a enfatizar o modo como a escolarização desta população deveria ser implementada.²⁶

Em 2006, o Ministério da Educação publica o primeiro documento que definia o atendimento educacional especializado (AEE), a ser implementado em salas de recursos multifuncionais. Em 2008, foi aprovado o Decreto n. 6.571/2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado. Para a implementação deste Decreto, a Resolução CNE/CEB n. 4/2009 instituiu as Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial que, em seu artigo 5º, define:

O AEE é realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, não sendo substitutivo às classes comuns, podendo ser realizado, também, em centro de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos estados, Distrito Federal ou dos municípios.²⁷

Vale destacar a centralidade do AEE, implementado nas salas de recursos multifuncionais, na atual política de educação especial brasileira, o que indica o modo como a escolarização de alunos com necessidades educacionais especiais será organizada: em escolas regulares públicas, nas classes comuns com o AEE ocorrendo no contraturno.²⁸

²⁶ BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar da Educação Básica** - 2009. Brasília, DF: MEC/Inep, 2009.

²⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar da Educação Básica** - 2009. Brasília, DF: MEC/Inep, 2009.

²⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar da Educação Básica** - 2009. Brasília, DF: MEC/Inep, 2009.

5 A declaração de Salamanca e a educação inclusiva

Em um segundo momento da história, os indivíduos, antes discriminados, passam a ser reconhecidos como pessoas que merecem respeito e uma educação de qualidade, com isso observa-se a aplicabilidade de algumas leis desenvolvidas e aceitas por países para aceitação dessas pessoas.

Seguindo a mesma linha de raciocínio analisado até o momento, podemos observar que esse processo de inclusão encontra-se entrelaçado em um princípio da igualdade de direito entre as pessoas, tendo como objetivo uma educação de qualidade para um todo. Devido a inquietação que a exclusão vinha, ainda, causando em países da Europa, e para reafirmar esse direito para todos, que em 10 de junho de 1994, representantes de 92 países e 25 organizações internacionais realizaram a Conferência Mundial de Educação, a qual patrocinada pelo governo espanhol e pela UNESCO, logo após ser reconhecida como a Declaração de Salamanca.²⁹

Este documento vem enfatizar a necessidade de políticas públicas e educacionais para atender as pessoas de modo igualitário, independentemente de suas condições pessoais, sociais, econômicas e socioculturais.

A Declaração de Salamanca partiu do seguinte pressuposto:

²⁹ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 8.

A Declaração de Salamanca é um documento internacional, que teve grande repercussão no Brasil, no qual preconiza uma educação de qualidade para todas as pessoas, sejam com alguma deficiência ou não. Esse documento é uma referência para os pesquisadores da área de Educação Especial para a instituição da Educação Inclusiva. Essa declaração é resultante da Conferência Mundial sobre Necessidades Educacionais Especiais: Acesso e Acessibilidade, promovida pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e pelo governo da Espanha em 1994, na qual havia mais de 300 participantes, sendo 92 representações governamentais e 25 organizações internacionais.

As escolas regulares com orientação para a educação inclusiva, são o meio mais eficaz no combate às atitudes discriminatórias, propiciando condições para o desenvolvimento de comunidades integradas, base da construção da sociedade inclusiva e obtenção de uma real educação para todos.³⁰

Os princípios por ela defendido é que as escolas e seus projetos se adequem as necessidades de seus indivíduos matriculados, conforme art. 11, “O planejamento educativo elaborado pelos governos deverá concentrar-se na educação para todas as pessoas em todas as regiões do país e em todas as condições econômicas, através de escolas públicas e privadas”.³¹

Desta forma, uma escola que tem por objetivo a inclusão, deverá promover a convivência entre as pessoas consideradas normais e as que apresentam algum tipo de necessidade educacional especial.

As escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem-dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias linguísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros grupos ou zonas desfavorecidas ou marginalizadas.³²

Tendo como objetivo apontar que:

A escola inclusiva é o lugar onde todas as crianças devem apreender juntas, sempre que possível, independentemente de qualquer dificuldade ou diferenças que elas possam ter, conhecendo e respondendo às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de

³⁰ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 9.

³¹ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 13.

³² **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p.17-18.

aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade a todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recuso e parceria com as comunidades.³³

Podemos verificar que a Declaração de Salamanca iguala todos os direitos dos indivíduos no que tange uma educação de qualidade, segundo MRECH:

A escola inclusiva é um espaço no qual todos os alunos têm as mesmas oportunidades de ser e estar de forma participativa, onde as oportunidades e acessos educacionais e as características individuais sejam marcados pela igualdade entre as pessoas.³⁴

Recapitulando o início da escrita da Declaração de Salamanca, nos traz a seguinte ideia:

O direito de todas as crianças à educação está proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi reafirmado com veemência pela Declaração sobre Educação para Todos. Pensando desta maneira é que este documento começa a nortear Todas as pessoas com deficiência têm o direito de expressar os seus desejos em relação à sua educação. Os pais têm o direito inerente de ser consultados sobre a forma de educação que melhor se adapte às necessidades, circunstâncias e aspirações dos seus filhos.³⁵

Tendo em vista que para realmente se tornar uma escola inclusiva, deve se ter como objetivo uma boa relação com a comunidade e prestar um serviço de boa qualidade, criando assim com seus docentes uma empatia com a instituição de ensino, buscando um equilíbrio entre

³³ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 9.

³⁴ MRECH, L. M. **O que é educação inclusiva.** Revista integração, MEC/SEESP, ano 8, n 20. 1998. p .34-38.

³⁵ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 5-6.

profissionais que atuem nessa escola, em suas diversas estancias educacionais, buscando assim criar um sistema interdisciplinar, que venha efetivar a aprendizagem desses alunos nesse processo de inclusão.³⁶

A escola tem a responsabilidade de trazer, em seus projetos pedagógicos, formas claras de desenvolvimento ao longo prazo, para que possa ser trabalhado diferentes maneiras de ensinos, com seus conteúdos e avaliações neste processo de inclusão. Não se fala em facilitação destas avaliações e sim em busca de uma forma diferenciada para avaliar esses alunos com necessidades educativas especiais, buscando valorizar as conquistas obtidas por estes alunos.

Uma escola que se denomina inclusiva tem por obrigação que seus professores, de alguma forma, reconheçam as possibilidades e limitações de seus alunos.³⁷

É preciso repensar a formação de professores especializados, a fim de que estes sejam capazes de trabalhar em diferentes situações e possam assumir um papel - chave nos programas de necessidades educativas especiais. Deve ser adoptada uma formação inicial não categorizada, abarcando todos os tipos de deficiência, antes de se enveredar por uma formação especializada numa ou em mais áreas relativas a deficiências específicas.³⁸

Os professores, que trabalham com as instituições inclusivas, precisam interessar-se pelo que o seu aluno deseja aprender, acreditar nele e em sua potencialidade, sendo isso um fator de extrema importância.

O desenvolvimento deste aluno, sabendo ouvi-lo e valorizando suas atividades, irá ajudá-lo em sua independência. Estimulando-o, através de

³⁶ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 5-6.

³⁷ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 28.

³⁸ **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA:** Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha. p. 28.

atividades de participação em sala de aula, irá favorecer sua efetiva aprendizagem. Segundo Sasaki³⁹

Uma escola comum só se torna inclusiva depois que se reestruturou para atender à diversidade do novo alunado em termos de necessidades especiais (não só as decorrentes de deficiência física, mental, visual, auditiva ou múltipla, como também aquelas resultantes de outras condições atípicas), em termos de estilos e habilidades de aprendizagem dos alunos e em todos os outros requisitos do princípio da inclusão, conforme estabelecido no documento, 'A declaração de Salamanca e o Plano de Ação para Educação de Necessidades Especiais'.

Quando pensamos em um mundo inclusivo, acreditamos que todas as pessoas têm a capacidade de escrever a trajetória de sua vida de forma participativa e ativa, na qual se acredita que as relações individuais sejam estabelecidas de forma igualitária em valores.

Se pensado desta forma, não são as pessoas que precisam se adequar e se modificar para poder conviver na sociedade e aos meios educacionais, e, sim, esta deve é se preparar para atender esses indivíduos. Repita-se, é a sociedade que deve se preocupar em atender essas pessoas, para que elas possam viver e estudar com dignidade e acima de tudo serem reconhecidas como cidadãos.

[...] inclusão estabelece que as diferenças humanas são normais, mas ao mesmo tempo reconhece que a escola atual tem provocado ou acentuado desigualdades associadas à existência de diferenças de origem pessoal, social, cultural e política, e é nesse sentido que ela prega a necessidade de

³⁹ SASSAKI, R. K. **As escolas inclusivas na opinião mundial.** Disponível em: http://www.viverconsciente.com.br/exibe_artigo. p. 2. Acesso em: 04 nov. 2019.

reestruturação do sistema educacional para prover uma educação de qualidade a todas as crianças.⁴⁰

Deste modo, devemos fortalecer e orientar os objetivos formativos, que devem nortear os trabalhos e os currículos escolares, para que de alguma forma equivocada as escolas inclusivas acabem por disseminar entres os alunos, com necessidades educacionais especiais o insucesso na vida escolar. Nessa ótica devemos ter um cuidado ainda maior para que esses alunos nunca sejam excluídos, segregados ou até mesmo protegidos.⁴¹

Devemos mesmo é sempre tentar manter esses alunos juntos com os considerados normais, para que eles possam desenvolver suas responsabilidades, suas habilidades, superando assim suas fragilidades que muitas vezes são impostas pela sua deficiência.

Desta forma, os alunos com alguma necessidade educacional deverão permanecer incluso a sociedade, nesta mesma linha de raciocínio as escolas e educadores deverão trabalhar com uma pedagogia condizente a Declaração de Salamanca. Assim poderemos ter uma sociedade mais humana. Fonseca apresenta as vantagens em uma educação inclusiva:

[...] em termos ‘sociais’ (a sociedade é mais humana se for mais inclusiva), em termos educativos’ (a escola inclusiva responde melhor às exigências dos seus ‘clientes’) e em termos económicos’, os recursos e equipamentos são distribuídos de forma mais sustentada e equitativa a toda a população, podendo garantir, por via de uma engenharia financeira mais adequada, melhor qualidade e mais abrangência social do sistema educativo.⁴²

⁴⁰ MENDES, E. G. **Deficiência mental**: a construção científica de um conceito e a realidade educacional. Tese de Doutorado (em Psicologia), Universidade de São Paulo, 1995. p. 64.

⁴¹ MENDES, E. G. **Deficiência mental**: a construção científica de um conceito e a realidade educacional. Tese de Doutorado (em Psicologia), Universidade de São Paulo, 1995. p.64.

⁴² FONSECA, V. Tendências futuras da educação inclusiva. **Revista Educação**, Porto Alegre, ano XXVI, n. 49, p. 99-113, mar. 2003.

Certamente uma sociedade que adota os quesitos comentados até o momento, torna-se mais inclusiva e garante aos seus cidadãos uma vida de mais qualidade, rica em oportunidades e direitos. Existe formas para se ter uma educação inclusiva de qualidade e estas formas estão demonstradas na Declaração de Salamanca, basta sociedade e governantes seguir de forma eficaz.

6 Internalização da declaração de Salamanca no Brasil

A partir da década de 1990, há a adesão, por parte do Brasil, às orientações internacionais tratadas na Declaração de Educação para Todos e na Declaração de Salamanca, linha de ação sobre necessidades educativas especiais, resultado da Conferência Mundial Sobre Necessidades Educacionais Especiais em 1994.⁴³

Uma declaração, historicamente, no entanto, não é considerada um tratado. Tradicionalmente, quando se dá conotação de declaração a um texto, pretende-se diferenciá-lo de um tratado.⁴⁴

Nessa época, uma conferência entre certo número de países, em que não se obtinha um acordo final, era marcada pelo fracasso. Assim, em troca do tratado ou da convenção frustrada, os Estados, para oferecer uma resposta à opinião pública ou à sociedade internacional, faziam uma declaração conjunta, por escrito, na qual determinavam alguns princípios

⁴³ CONFERÊNCIA MUNDIAL DE EDUCAÇÃO PARA TODOS, 1990. **Declaração mundial sobre educação para todos:** satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Unesco.

⁴⁴ GERVASONI, Tássia. A. GERVASONI, Tamires. A. As decisões da corte internacional de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade.** Universidade Federal de Santa Cruz. ed. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria>. Acesso em: 29 maio 2020.

básicos sobre o tema ou se comprometiam, por exemplo, a tomar determinadas medidas a respeito.⁴⁵

A declaração era um substitutivo de uma convenção, sem ter caráter obrigatório. Era uma declaração de princípios.

Essa explanação histórica é importante, pois com o tempo, alguns Estados exigiam que um outro Estado se obrigasse pelos termos de uma declaração. Para se evitar argumentação de que a declaração não teria essa validade, uma vez que se tratava de comprometimento apenas moral e que eventualmente medidas seriam tomadas sobre o assunto, não sendo obrigado a isso, a Convenção de Viena/69, art. 2º, dispôs que independentemente do termo, palavra ou nomenclatura, tratado é todo acordo formal, escrito, celebrado entre Estados e/ou organizações internacionais.⁴⁶

Havendo o conteúdo de um tratado (acordo formal entre Estados, busca efeitos jurídicos, há manifestação de vontade), tratado é, possuindo assim, um caráter obrigatório.

O tratado é efetivamente um acordo que gera a obrigação, o direito, a vontade efetiva de se assumir um compromisso. A declaração e o protocolo, historicamente, não são considerados documentos em que se tem vontade efetiva de se assumir um compromisso, mas eventualmente cumpri-lo. Daí é que para dirimir as controvérsias que surgiam dessas terminologias, nasce a Convenção de Viena/69, unificando-as.⁴⁷

⁴⁵ GERVASONI, Tássia. A. GERVASONI, Tamires. A. As decisões da corte internacional de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Universidade Federal de Santa Cruz. Ed. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria>. Acesso em: 29 maio 2020.

⁴⁶ GERVASONI, Tássia. A. GERVASONI, Tamires. A. As decisões da corte internacional de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Universidade Federal de Santa Cruz. ed. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria>. Acesso em: 29 maio 2020.

⁴⁷ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e entre Estados e Organizações Internacionais de 1986 trata das reservas em seus artigos 19 a 23.

A Declaração de Salamanca forneceu a base para a formulação das políticas educacionais brasileiras que incorporaram os discursos da universalização do ensino e da educação inclusiva. Cumpre destacar que, neste panorama⁴⁸

[...] ao assumir sua adesão à Declaração de Salamanca, o Brasil o faz numa perspectiva de compromisso internacional junto à Organização das Nações Unidas (ONU) Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e ao Banco Mundial (BM), que promoveram o encontro. Esses compromissos apontam mais para a necessidade de se melhorar os indicadores nacionais da educação básica, priorizando os aspectos quantitativos do acesso.

Com a ampliação do acesso de alunos com necessidades educacionais especiais no sistema regular de ensino, os documentos legais e normativos da educação especial brasileira passam a enfatizar o modo como a escolarização desta população deveria ser implementada.⁴⁹

Em 2006, o Ministério da Educação publica o primeiro documento que definia o atendimento educacional especializado (AEE)²⁵⁰, a ser implementado em salas de recursos multifuncionais. Em 2008, foi aprovado o Decreto n. 6.571/2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado.⁵¹ Para a implementação deste Decreto, a Resolução CNE/CEB n.4/2009 instituiu as Diretrizes Operacionais para o

⁴⁸ CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE NECESSIDADES EDUCACIONAIS ESPECIAIS, 1994, Salamanca. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais**. Brasília, DF.

⁴⁹ FERREIRA, M.C.C.; FERREIRA, J.R. **Sobre inclusão, políticas públicas e práticas pedagógicas**. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p. 21-48.

⁵⁰ FERRARO, A.R. Diagnóstico da escolarização no Brasil. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, 1999 n. 12. p. 22-47.

⁵¹ BUENO, J.G.S.; MELETTI, S.M.F. Os indicadores educacionais como meio de avaliação das políticas de educação especial no Brasil: 2000/2009. In: BUENO, J.G.S. **Educação especial brasileira: 20 anos depois**. São Paulo: Educ., 2011. p. 159-182.

Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial que, em seu artigo 50, define:

O AEE é realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, não sendo substitutivo às classes comuns, podendo ser realizado, também, em centro de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos estados, Distrito Federal ou dos municípios.⁵²

Estes aspectos fundamentais para a avaliação das políticas públicas de educação especial, são quantificados pelo Estado por meio de dados censitários que compõem os indicadores sociais e educacionais brasileiros que iremos analisar na próxima seção.

7 Indicadores educacionais da educação inclusiva brasileira

O objetivo desta seção é analisar a escolarização de alunos com necessidades educacionais especiais por meio dos dados oficiais do poder público sobre o acesso e permanência desta população na educação básica. Para tanto, são utilizados micro dados do Censo da Educação Básica brasileira.

Para a análise proposta, toma-se como unidade de análise os eventos educacionais (referentes ao acesso e à permanência de alunos com necessidades educacionais especiais na educação básica) e como fonte os micros dados do Censo da Educação Básica coletados e divulgados pelo

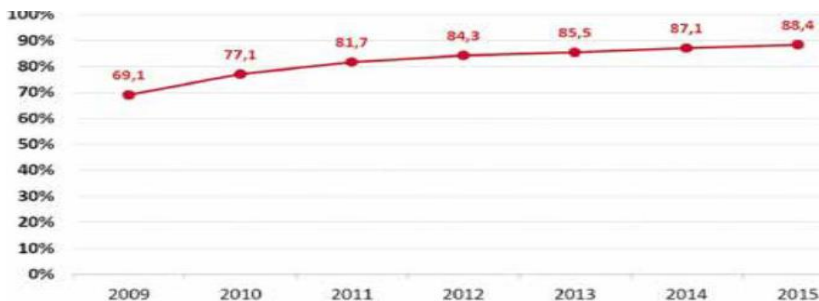
⁵² BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. Câmara da Educação Básica. **Resolução CNE/CEB n. 4, de 2 de outubro de 2009**. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 2009. Seção I. p.17.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).⁵³

Foram organizados e selecionados os dados de matrícula, verificando sua incidência em relação à totalidade de matrículas na educação básica no Brasil. Inicialmente, organizou-se os dados nacionais gerais e de alunos com necessidades educacionais especiais.

É possível verificar o reflexo dessa diretriz inclusiva da política educacional no crescimento significativo das matrículas da educação especial nas classes comuns da escola regular nos últimos anos, conforme gráfico a seguir, em um primeiro momento de 2009 a 2015 e em seguida 2015 a 2019, para ter uma visão mais ampla do real progresso.

Gráfico 1 – Percentual de matrículas de alunos de 4 a 17 anos de idade com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação em classes comuns da educação básica 2009 – 2015.²¹⁰.



Fonte: Censo Escolar 2015. Elaboração própria.

De acordo com os dados, o percentual de matrículas da população com deficiência em classes comuns aumentou 19,3 pontos percentuais entre 2009 e 2015. Porém, de acordo com o Inep, que coletou e tratou os

⁵³ INEP. Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE: biênio 2014-2016. Brasília: Inep, 2016. p 113. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

dados, “é preciso ponderar que os dados não esclarecem se esses alunos tiveram acesso a AEE, salas de recursos multifuncionais ou outros serviços especializados, considerando suas necessidades individuais”⁵⁴.

Se o acesso dos estudantes com necessidades educacionais especiais às classes comuns do ensino regular pode ser verificado, a falta de dados completos que possibilitem um correto diagnóstico da situação da educação especial, por sua vez, não nos permite discutir a qualidade da ampliação do ingresso desses estudantes no sistema regular de ensino, tampouco a forma como a escolarização dessa população vem sendo implementada.

Há uma carência de dados qualitativos que permitam avaliar a efetividade da política inclusiva, visto que não se pode prescindir da qualidade no processo educativo.⁵⁵

Acerca deste aspecto, assim pronunciou-se o movimento Todos pela Educação quando da publicação de seu Anuário da Educação Básica de 2016:

Vale ressaltar que, no caminho para o cumprimento da meta do PNE, há um obstáculo fundamental a ser superado. Os dados disponíveis atualmente não são suficientes para o monitoramento dessa meta. As pesquisas populacionais, domiciliares e escolares oficiais não utilizam definições técnicas compatíveis entre si. Dessa forma, não é conhecido o universo da população cujo atendimento deve ser monitorado.⁵⁶

⁵⁴ INEP. **Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE: biênio 2014-2016**. Brasília: Inep, 2016. p. 36. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducacional.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁵⁵ VINENTE, S.; DUARTE, M. **O Plano Nacional de Educação (2014-2024) e a garantia de um sistema educacional inclusivo: possibilidade ou utopia?** Olhares, Guarulhos, v. 3, n. 2, p. 133-151, nov. 2015. Disponível em: <http://www.olhares.unifesp.br>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵⁶ CRUZ, Priscila; MONTEIRO, Luciano (org.). **Anuário Brasileiro da Educação Básica: 2016**. São Paulo: Todos pela Educação; Moderna. p 42. 2016. Disponível em: <http://www.moderna.com.br/portal>. Acesso em: 20 mar. 2020.

A insuficiência de dados para o monitoramento adequado das estratégias na meta 4 nos leva a focalizar o enunciado propriamente dito para responder algumas questões cruciais.

Quem são os estudantes público-alvo da educação especial, quais suas necessidades educacionais e como estão sendo atendidos pelos sistemas são as perguntas-chave para a universalização da educação de qualidade para essa população.

Essa é a verdadeira meta 4 do PNE: universalizar com qualidade. Os dados do Censo Escolar do Inep de 2015 indicam o quantitativo de matrículas da educação básica na faixa etária obrigatória e que parcela os estudantes da educação especial representam nesse universo.

Assim, se em 2010 as matrículas na educação especial totalizavam 897.116, em 2015, de acordo com o Censo Escolar, contam-se 1.111.122 estudantes na modalidade ou 2,42% do total de alunos da educação básica na faixa etária obrigatória. As matrículas concentram-se na escola pública – 984.092 contra 127.030 matrículas nas escolas privadas. Note-se, também, que a imensa maioria dos estudantes da educação especial é constituída por pessoas com deficiência.⁵⁷

Nos últimos anos, de 2014 a 2018, o número de matrículas de estudantes com necessidades especiais cresceu 33,2% em todo o país, segundo dados do Censo Escolar divulgados pelo Inep. No mesmo período, também aumentou de 87,1% para 92,1% o percentual daqueles que estão incluídos em classes comuns⁵⁸. Em 2014, eram 886.815 os alunos com deficiência, altas habilidades e transtornos globais do desenvolvimento nas escolas brasileiras. Esse número tem aumentado ano a ano. Em 2018,

⁵⁷ INEP. **Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE**: biênio 2014-2016. Brasília: Inep, 2016. p. 113. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁵⁸ INEP. **Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE**: biênio 2014-2016. Brasília: Inep, 2016. p. 114. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

chegou a cerca de 1,2 milhão. Em 2017 e 2018, houve um aumento de aproximadamente 10,8% nas matrículas.⁵⁹

De acordo com dados do Censo, na rede pública, o maior índice dos estudantes em classes comuns. Nas escolas 97,3% dos alunos com necessidades especiais estavam nessas classes em 2018. Na rede particular, o percentual foi 51,8%.

Por lei, pelo Plano Nacional de Educação (PNE), o Brasil deve incluir os estudantes de 4 a 17 anos na escola. Os estudantes com necessidades especiais devem ser matriculados preferencialmente em classes comuns. Para isso, o Brasil deve garantir todo o sistema educacional inclusivo, sala de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados. Segundo os dados do censo, 38,6% das escolas públicas de ensino fundamental e 55,6% das escolas privadas tem banheiros para pessoas com necessidades especiais.⁶⁰

Nos casos dos estudantes com altas habilidades ou superdotação, nenhuma diferenciação é feita, ou seja, não há elementos que permitam uma análise mais detalhada desse grupo.⁶¹

O Censo Escolar 2018 revela avanços na educação especial. O número de matrículas de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e/ou altas habilidades/superdotação em classes comuns (incluídos) ou em classes especiais exclusivas chegou a 1,2 milhão em 2018, um aumento de 33,2% em relação a 2014. Esse aumento foi influenciado pelas matrículas de ensino médio que dobraram durante o período.

⁵⁹ Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. 7 jan. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁶¹ Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. 7 jan. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Considerando apenas os alunos de 4 a 17 anos da educação especial, verifica-se que o percentual de matrículas de alunos incluídos em classe comum também vem aumentando gradativamente, passando de 87,1% em 2014 para 92,1% em 2018.⁶²

Dados indicam que apenas 23 municípios do Brasil contam com todas as suas escolas acessíveis, incluindo banheiros totalmente adequados a deficientes. Os números revelam as barreiras para que se cumpra um princípio básico previsto por lei: o direito de todas as crianças de frequentar uma escola.⁶³

8 Qual a possibilidade da aplicação de sanções a não aplicabilidade da declaração de Salamanca no Brasil

A Declaração de Salamanca, em que o Brasil foi um dos signatários, constituindo-se, como já foi dito, importante instrumento para o processo de inclusão escolar afirma que a: (...) legislação deveria reconhecer o princípio de igualdade de oportunidade para crianças, jovens e adultos com deficiências na educação primária, secundária e terciária, sempre que possível em ambiente integrado.

Considerando que o Brasil é signatário deste sistema de proteção aos direitos humanos e não raras vezes tem despontado como violador de direitos humanos, o próximo item segue na análise específica desta conjuntura.⁶⁴

⁶² Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. 7 jan. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁶³ Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. 7 jan. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁶⁴ GERVASONI, Tássia. A. GERVASONI, Tamires. A. As decisões da corte internacional de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Universidade Federal de Santa Cruz. Ed. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria>. Acesso em 29 maio 2020.

Em relação ao sistema interamericano da OEA, que efetivamente implementou mecanismos de proteção aos Direitos Humanos a partir da década de 1950, o Brasil não se inseriu desde a sua origem, muito em consequência dos regimes ditatoriais vigentes no país até 1985.⁶⁵ Encerrada a era de governos militares no país e com a defluente (re) democratização, já na década de 1980, o país passou a dedicar esforços às questões de Direitos Humanos, inicialmente aderindo a alguns tratados.⁶⁶

Mais tarde, com a Constituição Federal de 1988 já promulgada, diante de uma nova etapa jurídica e política no país, consolidando-se o processo de redemocratização, em 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e, em 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁶⁷

Em relação a educação especial, determinada na Declaração de Salamanca, não existe registros na Corte Interamericana de Direitos Humanos de condenações ou sanções, na verdade por ser uma Declaração sem cunho de tratado, assim, as possíveis sanções são morais. O Brasil, mesmo encontrando dificuldades para implantar todas as orientações,

⁶⁵ VENTURA, Deisy; CETRA, Raissa Ortiz. O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte. *In: Seminário Internacional Limites e Possibilidades da Justiça de Transição? Impunidade, direitos e democracia*, 2012, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.conectas.org/>. Acesso em: 31 maio 2020. p. 2.

⁶⁶ “[...] o Brasil reconheceu como obrigatória a competência da CIDH “para fatos posteriores a 10/12/1998” (data de edição do Decreto Legislativo n. 89), nos termos do Decreto n. 4463 de 08/11/2002” (VENTURA, Deisy; CETRA, Raissa Ortiz. O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte. *In: Seminário Internacional Limites e Possibilidades da Justiça de Transição? Impunidade, direitos e democracia*, 2012, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.conectas.org/>. Acesso em: 31 maio 2020. p. 2).

⁶⁷ “[...] foi na década de 80, que o Brasil aderiu a alguns dos principais tratados de proteção aos direitos humanos: os dois Pactos das Nações Unidas sobre direitos humanos, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura” (AGU. Advocacia-Geral da União. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Acesso em: 31 maio 2020).

vem aos poucos realizando o possível para inclusão, em escolas regulares, destas crianças com NEE.⁶⁸

No Brasil, a Declaração de Salamanca passa a ser mencionada como uma referência na educação especial e a ser ponderado direcionamento para as conferências da área. A concepção da necessidade educacional especial passa a denotar a circunstância de deficiência em nossa conjuntura, imprimindo-lhe um contemporâneo significado. Contemporâneo, todavia, não apto de transmutar, como aclamado, o conceito de deficiência.

É para cumprir o compromisso do país em ordenar a educação, que é promulgada, em dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº. 9.394/96. Essa lei explicita em seu bojo algumas evoluções.⁶⁹

Possibilita-nos apontar a extensão da oferta da educação especial, a ideia de melhoria da qualidade dos serviços educacionais para os alunos; a premência de o professor estar preparado e com recursos adequados de forma a identificar, assimilar e acolher à diversidade dos alunos e entender como educação especial a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente em rede regular de ensino aos educandos com necessidades educacionais especiais.⁷⁰

Destaca-se como um marco de inclusão social, neste sentido inclusão educacional da PCD, a promulgação, em 06 de julho de 2015, da Lei nº 13.146 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.⁷¹

⁶⁸ OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: www.cidh.oas.org. Acesso em: 30 maio 2020.

⁶⁹ GLAT, Rosana; FERNANDES, Da educação segregada à educação inclusiva: uma breve reflexão sobre os paradigmas educacionais no contexto da educação especial brasileira. **Revista Inclusão**, v. 1, ed 1, p. 35-39, 2005.

⁷⁰ MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. História, deficiência e educação especial. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 15. p. 1-7. 2004. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com>. Acesso em: 07 jun. 2020.

⁷¹ MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. História, deficiência e educação especial. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 15. p. 1-7. 2004. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com>. Acesso em: 07 jun. 2020.

A inclusão escolar, fortalecida pela Declaração de Salamanca não equacionou todos os impasses de marginalização dessas pessoas, posto que o processo de exclusão anteceda ao íterim de escolarização, promovendo-se desde o seu nascimento ou precisamente no momento em que emerge algum tipo de deficiência física ou mental, adquirida ou hereditária, em algum integrante familiar.⁷²

Isso sucede em qualquer espécie de constituição familiar, sejam das tradicionais e inquisitivamente estruturadas, perpassando a todas as classes sociais, com um complicador para as menos privilegiadas e dotadas de condições financeiras e educacionais.

9 Conclusão

O trabalho propôs-se a investigar a possibilidade ou não da aplicação de sanções pela não observância da Declaração de Salamanca, tendo em vista a proteção aos Direitos Humanos e visando a identificar os verdadeiros impactos no ordenamento jurídico interno em foco na educação especial inclusiva.

Entendendo as dificuldades encontradas nas escolas regulares para de forma clara, sem preconceito receber esses alunos com necessidades educacionais especiais, entendendo como funciona a internacionalização de tratados no ordenamento jurídico brasileiro, o peso constitucional de tratados, declarações, pactos.

Contudo, considerando-se a extrema relevância dos temas em questão, tais medidas de internalização ainda estão longe de alcançarem um padrão satisfatório de respeito aos direitos humanos.

Foi apresentado indicadores educacionais que se consideram fundamentais para a análise da efetividade da implementação das políticas

⁷² MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. História, deficiência e educação especial. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 15. p. 1-7, 2004. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com>. Acesso em: 07 jun. 2020.

inclusivas no Brasil e que foi resgatado aqui para tecer algumas considerações.

É muito estimulante examinar o evento de Salamanca, mas trata de tarefa muito complexa. Mais que descrever os avanços e os retrocessos em relação à Salamanca, com este estudo pode-se identificar melhor as inúmeras barreiras ainda existentes.

Com base nos dados coletados e comentados podemos relembrar o que foi explanado neste trabalho. O Plano Nacional de Educação brasileiro buscou, na Declaração de Salamanca, subsídios para sua elaboração, particularmente no capítulo dedicado à Educação Especial.

As diretrizes de Salamanca têm sido implementadas no Brasil, embora de forma desigual, consideradas as diferentes localidades brasileiras.

Além da revisão do sentido e significado da educação inclusiva, temos que nos preocupar com a grande quantidade de pessoas com necessidades especiais que nunca estiveram ou que se afastaram da escola, prematuramente.

Perduram, entre nós, resistências tanto dos professores do ensino comum que questionam a presença de alunos com deficiências em suas turmas como os da educação especial, que temem a perda do espaço de trabalho.

As famílias também se mostram reticentes, particularmente as que têm seus filhos em escolas de ONGs. Ainda que tenhamos melhorado o acesso à educação para pessoas com necessidades educacionais especiais, ainda existe um percentual que está fora da escola.

Não existe uma comprovação de que mesmo que estes alunos estejam matriculados em rede de ensino público e privado, que se garanta uma educação de qualidade, até pelo fato das regiões geográficas do Brasil, contando com zonas urbanas e rurais.

Com muito trabalho e dedicação, precisamos reconhecer que os 26 estados brasileiros e o Distrito Federal fizeram e fazem o possível para o aumento da oferta de vagas nas escolas e de melhoria da qualidade das respostas educativas, o que está de acordo com os objetivos manifestos no texto da Declaração de Salamanca.

Nossa realidade educacional ratifica que ainda temos um longo caminho pela frente para que se possa conseguir a igualdade de oportunidades para todos na educação brasileira. Não podemos deixar de mencionar que tudo que foi conquistado e todos os avanços devem-se a Declaração de Salamanca.

Por fim, conclui-se que o Brasil possui dificuldade para a plena efetividade das medidas necessárias e encontradas na Declaração de Salamanca.

A declaração era um substitutivo de uma convenção, sem caráter obrigatório. Era uma declaração de princípios, Declaração de orientações que o Brasil, sim, efetivamente vem respeitando até o atual momento. E mesmo que se não estivesse realizado, as sanções seriam meramente morais pelo demais países.

Referências

AGU. Advocacia-Geral da União. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2015.

Disponível em: <http://www.agu.gov.br/>. Acesso em: 31 maio. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar da Educação Básica** - 2009. Brasília, DF: MEC/Inep, 2009.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. Enquadramento da ação: necessidades educacionais especiais. *In:* conferência Mundial sobre NEE acesso e qualidade- Unesco, Salamanca/Espanha: Unesco 1994.

BUENO, J.G.S. **Educação especial brasileira-integração, segregação do aluno diferente.** São Paulo: EDUC, 1993. Disponível em: <https://integrada.minha.biblioteca.com>. Acesso em: 21 maio 2020.

BUENO, J.G.S.; MELETTI, S.M.F. Os indicadores educacionais como meio de avaliação das políticas de educação especial no Brasil: 2000/2009. *In:* BUENO, J.G.S. **Educação especial brasileira: 20 anos depois.** São Paulo: Educ., 2011. p. 159-182.

CARDOSO DA SILVA, Marilene. **Educação Especial em direção à educação inclusiva.** 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos: 2006 / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006.

CRUZ, Priscila; MONTEIRO, Luciano (org.). **Anuário Brasileiro da Educação Básica: 2016.** São Paulo: Todos pela Educação; Moderna, 2016. Disponível em: <http://www.moderna.com.br/portal>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FERRARO, A.R. Diagnóstico da escolarização no Brasil. **Revista Brasileira de Educação,** Rio de Janeiro, 1999, n. 12. p. 22-47.

FERREIRA, M.C.C.; FERREIRA, J.R. **Sobre inclusão, políticas públicas e práticas pedagógicas.** 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

FONSECA, V. Tendências futuras da educação inclusiva. **Revista Educação,** Porto Alegre, ano XXVI, n. 49. p. 99-113, mar. 2003.

GERVASONI, Tassia. A; GERVASONI, Tamires. A. As decisões da corte internacional de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **5º Congresso Internacional**

- de Direito e Contemporaneidade.** Universidade Federal de Santa Cruz. Ed. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria>. Acesso em 29 maio 2020.
- GLAT, Rosana. **Educação inclusiva:** cultura e cotidiano escolar. Rio de Janeiro: 7 letras, 2007.
- GLAT, Rosana; FERNANDES. Da educação segregada à educação inclusiva: uma breve reflexão sobre os paradigmas educacionais no contexto da educação especial brasileira. **Revista Inclusão**, v. 1, Ed 1, p. 35-39, 2005.
- HEINTZE, H. J. **Os direitos humanos como matéria do direito internacional público.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- INEP. **Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE:** biênio 2014-2016. Brasília: Inep, 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.
- MAZZUOLI, O. A. **Curso de Direitos Humanos.** Revista, atualizada e revisada. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.
- MENDES, E. G. **Deficiência mental:** a construção científica de um conceito e a realidade educacional, 1995. Tese de Doutorado (em Psicologia), Universidade de São Paulo, 1995.
- MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. História, deficiência e educação especial. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 15. p. 1-7, 2004. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com>. Acesso em: 07 jun. 2020.
- MONTEIRO, Aida; PIMENTA, Selma Garrido (coods.). **Educação em direitos humanos e formação de professores (as).** São Paulo: Cortez, 2013.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** San José, 1969. Disponível em: www.cidh.oas.org. Acesso em: 30 de maio de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Revista, ampliada e atualizada. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

RAMOS, C.A. **Curso de Direitos Humanos**. Revista atualizada e ampliada. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SARLET.W.I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SASSAKI, R. K. **As escolas inclusivas na opinião mundial**. Disponível em: http://www.viverconsciente.com.br/exibe_artigo. Acesso em: 04 nov. 2019.

Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. 7 jan. 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raissa Ortiz. O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte. *In: Seminário Internacional Limites e Possibilidades da Justiça de Transição? Impunidade, direitos e democracia*, 2012, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.conectas.org/>. Acesso em: 31 maio 2020.

Transtorno de personalidade antissocial e o Direito Penal Brasileiro: o efeito do reconhecimento da semi-imputabilidade

*Elber Schnepfleitner Athaide*¹
*Moisés de Oliveira Matusiak*²

1 Introdução

A psicopatia é tema recorrente na indústria cinematográfica, onde filmes e séries costumam ilustrar psicopatas cruéis, normalmente assassinos em série, que costumam apresentar altos graus de crueldade e violência contra suas vítimas, e foi a partir de uma série que o assunto provocou a curiosidade deste autor. Ainda, outro ponto que traz relevância ao tema é quando da ocorrência de crimes cometidos por este tipo de agente na vida real. Nestes casos a exploração midiática é manifesta, gerando elevada notoriedade aos acontecimentos e relevante comoção popular. Relacionar o tema ao direito foi consequência natural, vez que a constatação da patologia no autor de um crime gera efeitos para o direito penal.

Em uma primeira pesquisa acerca da matéria veio a conhecimento a figura do Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA). É este o nome científico da patologia conforme a décima e atual versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10) e também conforme a quinta e atual versão do Manual de

¹ Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário CESUCA-RS. E-mail: elberathaide@gmail.com.

² Mestre em Direito na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Docente do curso de Direito no Centro Universitário CESUCA-RS. E-mail: moises.matusiak@cesuca.edu.br

Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (DSM-V). O termo psicopatia, portanto, não é um termo clínico, e, conforme será visto no desenvolvimento deste estudo, gera divergência entre autores sobre a equivalência ou a segregação entre os termos psicopatia e TPA.

Já inserindo a temática no direito penal, principal consequência ante sua constatação é a aplicação da semi-imputabilidade. Para tal, serão apresentadas as noções teóricas de direito sobre a imputabilidade e as possibilidades de inimputabilidade do agente, a fim de respaldar análise posterior sobre a aplicação da semi-imputabilidade ante certificação da presença do transtorno via perícia psiquiátrica.

A exposição das ideias, com os posicionamentos fundamentados no conhecimento obtido sobre o tema, mais as consequentes sugestões aos pontos criticados são o que se entende fazer cumprir com a função acadêmico-social do artigo, de modo que trouxe a temática a estudo e chegou-se a uma conclusão de que o tratamento do ordenamento jurídico nacional a este tipo de caso deve ser ajustado.

2 Psicopatia e transtorno de personalidade antissocial

Psicopatia é o termo mais utilizado e de conhecimento do grande público, porém, ao princípio da pesquisa, deparamo-nos com a figura do Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA). Este é o nome clínico da patologia, uma vez que o termo psicopatia não consta na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), na sua décima e atual versão (CID-10). Na citada classificação, no item F.60, relativo aos transtornos específicos de personalidade, figura o subitem F.60.2 com a personalidade dissocial.

Neste sentido lecionam Abdalla-Filho e Engelhardt (2016) na obra *Psicologia Forense* de Taborda:

A *Classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde*, em sua décima revisão (CID-10),² por sua vez, define o termo *transtorno específico de personalidade* como uma perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, não diretamente imputável a uma doença, lesão ou outra afecção cerebral ou a outro transtorno psiquiátrico e que, comumente, envolve várias áreas da personalidade, sendo quase sempre associado a considerável ruptura pessoal e social.³

Ainda o Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), conhecido como DSM, na sua quinta e atual versão (DSM-V), da mesma forma não utiliza o termo psicopatia e classifica o TPA, sob o código 301.7, do seguinte modo:

A. Um padrão difuso de desconsideração e violação dos direitos das outras pessoas que ocorre desde os 15 anos de idade, conforme indicado por três (ou mais) dos seguintes:

1. Fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivos de detenção.
2. Tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal.
3. Impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.
4. Irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
5. Descaso pela segurança de si ou de outros.
6. Irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras.
7. Ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado ou roubado outras pessoas.⁴

³ ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3ª Ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 2016, cap. 27.

⁴ Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: **DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

A separação dos termos psicopatia e transtorno de personalidade antissocial é tema controverso na doutrina. Enquanto Fiorelli e Mangini trazem que o transtorno de personalidade antissocial é “também denominado psicopatia, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático, transtorno dissocial” e que a variação dos termos assim é porque a ciência não tem conclusões efetivas acerca da origem, desenvolvimento e tratamento⁵ Abdalla-Filho e Engelhardt trazem que “Apesar de semelhanças conceituais, existem diferenças significativas entre transtorno da personalidade antissocial e psicopatia, de forma que esses dois termos não podem ser considerados sinônimos.”⁶ Percebeu-se aqui que, enquanto um autor trata TPA e psicopatia como sinônimos, em outra obra os autores dissociam os termos, tratando o tema mais pelo ponto de vista técnico e pela nomenclatura clínica usada na psiquiatria, praticamente rechaçando o uso do termo psicopatia.

No entanto, Matthew T. Huss, em sua obra *Psicologia Forense*, apresenta entendimento que aparenta estar postado entre os dois retro mencionados, trazendo que “a psicopatia é utilizada agora para especificar um constructo clínico ou uma forma específica **de transtorno da personalidade antissocial**”⁷. Huss apresenta em sua obra advento capaz de escalonar o nível do TPA no paciente. Trata-se da escala PCL-R, desenvolvida pelo psicólogo canadense Robert Hare. O PCL-R é um questionário composto por 20 itens, sendo, na realidade, uma relação de 20 sintomas, que necessita apreciação clínica de um profissional especialista a fim de pontuá-la corretamente, uma vez que cada item é

⁵ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 106.

⁶ ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.). *Psiquiatria Forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528.

⁷ HUSS, Matthew T. *Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações*. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011, p. 91.

pontuado de 0 a 2, sendo, desta forma, o escore variável entre 0 a 40 pontos. Isto posto, é considerado o escore de 30 pontos como o limite, onde, a partir daí, considerar-se-á psicopatia.⁸ Huss lista da seguinte forma os 20 quesitos considerados no PCL-R de Hare:

Itens que sobrepõem

1. Lábia/charme superficial – Fator 1
2. Senso grandioso de autoestima – Fator 1
3. Mentira patológica – Fator 1
4. Ausência de remorso ou culpa – fator 1
5. Afeto superficial – Fator 1
6. Crueldade/falta de empatia – Fator 1
7. Comportamento sexual promíscuo
8. Falta de objetivos realistas de longo prazo – Fator 2
9. Impulsividade – Fator 2
10. Irresponsabilidade – Fator 2
11. Falha em aceitar responsabilidade pelas próprias ações – Fator 1
12. Versatilidade criminal

Itens que não se sobrepõem

1. Necessidade de estimulação – Fator 2
2. Ludibriador/manipulador – Fator 1
3. Estilo de vida parasita – Fator 2
4. Controle deficiente do comportamento – Fator 2
5. Problemas comportamentais precoces – Fator 2
6. Muitas relações conjugais de curta duração
7. Delinquência juvenil – Fator 2
8. Revogação da liberdade condicional – Fator 2⁹

Conclui-se, portanto, que a psicopatia faz parte do TPA, sendo considerada um nível acentuado do transtorno. Neste sentido, Huss,

⁸ HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011, p. 95.

⁹ Ibid., p. 94.

citando o estudo de Hemphill e Hart (Hemphill e Hart, 2003), traz que 15 a 30% dos portadores de TPA sofrem de psicopatia¹⁰.

O entendimento do autor vem em concordância com a tese de que a psicopatia integra o TPA, sendo esta um nível grave do transtorno. Ainda, a prática forense no Brasil não costuma separar os termos, de modo que, assim sendo, as duas formas de nomeação da patologia serão de uso comum neste estudo.

Ainda que tratemos preferencialmente as condutas criminais violentas dos portadores do TPA, uma vez que os efeitos da constatação do transtorno no agente no processo e na execução penal são os principais pontos em análise, julgou-se importante pontuar acerca dos portadores do transtorno em nível moderado, aqueles com baixo escore na escala PCL-R. Neste sentido explanam Fiorelli e Mangini:

Quando se trata deste tema, a tendência é de as pessoas imaginarem *serial killers*, homicidas cruéis e torturadores; isso, entretanto, não constitui o Padrão.

Na empresa, o comportamento manifesta-se em furtos, destruição do patrimônio, vadiagem, alegação falsa de doença de maneira injustificada e sistemática, envolvimento em conflitos corporais.

Na família, revela-se em traição, violência contra cônjuge e filhos, ausência prolongada, dilapidação do patrimônio em aventuras relacionadas com sexo, assédio sexual e moral a servidores domésticos etc.¹¹

São condutas reprováveis porém de menor poder ofensivo comparadas à violência oriunda dos agentes com grau mais avançado do TPA. Algumas atípicas e outras tipificadas, mas constituintes de crimes comuns, como furto e estelionato por exemplo, delitos que acabam sendo

¹⁰ Ibid., p. 97.

¹¹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 108-109.

relacionados à característica destes agentes de querer sempre tirar vantagem sobre o próximo, sem compaixão pela sua moléstia tampouco remorso pelo ato, como se a vítima sempre fosse um “trouxa”, merecedor daquela ação. No âmbito forense, porém, quando destes casos, o transtorno tende a passar despercebido, uma vez que dificilmente seria instaurado incidente de insanidade mental nestes processos pelo fato de o delito de menor potencial ofensivo dificilmente levantar suspeitas sobre a integridade psíquica do agente.

Já os crimes dotados de maior violência acabam por deter maior relevância, principalmente quando expostos pela mídia, o que acaba por gerar relevante comoção social. Dentre os portadores do TPA com índices mais elevados da escala PCL-R – os psicopatas – o emprego de violência e crueldade é comum. Neste sentido Abdalla-Filho e Engelhardt relatam a notoriedade deste transtorno para a psiquiatria forense, não somente pela regularidade no exercício pericial, “mas principalmente pela gravidade dos crimes cometidos por seus portadores. Pelas próprias características anteriormente descritas, tais indivíduos são capazes de práticas cruéis, embora jamais sejam vistas por eles dessa forma”¹².

2.1 Origem e possibilidade de tratamento

Sobre a origem do TPA no ser, a doutrina é uníssona ao trabalhar que não há até o momento teses conclusivas a respeito. Em relação a isto, o mais importante estudioso sobre o tema, Robert Hare, em sua obra *Sem Consciência: O Mundo Perturbador Dos Psicopatas Que Vivem Entre Nós*, explica:

¹² ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.). *Psiquiatria Forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528.

Infelizmente, as forças que produzem o psicopata ainda são obscuras para os pesquisadores. No entanto, várias teorias rudimentares sobre as suas causas merecem consideração. Em um extremo, estão as teorias que consideram a psicopatia, em grande parte, como produto de fatores genéticos ou biológicos (da natureza); no outro, estão as teorias que afirmam que a psicopatia resulta, inteiramente, de um ambiente social inicial problemático (da criação). Assim como acontece em casos controversos, a “verdade” sem dúvida está em algum lugar entre os dois extremos. Ou seja, as atitudes e os comportamentos do psicopata são, muito provavelmente, resultado de uma combinação de fatores biológicos e forças ambientais.¹³

Ponto de suma importância neste estudo é o que se refere ao tratamento, ou melhor, à ausência deste, uma vez que que médicos, pesquisadores e doutrinadores tratam como não existentes maneiras efetivas de controle dos sintomas do transtorno. No já mencionado vídeo publicado pelo IBP, A Dra. Denise Rocha Stefan responde da seguinte forma quando questionada sobre de que maneira se daria um tratamento para o TPA:

O tratamento é uma questão bastante delicada porque a gente não tem tratamentos efetivos e bem sucedidos para esse tipo de situação. A psicoterapia é um assunto controvertido porque muitas vezes pode oferecer elementos para que o indivíduo tenha mais condição de manipular ou ter mais facilidade para perceber o ponto vulnerável do outro [...]. Além disso, são pessoas que têm fraco vínculo, não tem motivação para se tratar porque eles próprios não sofrem, então é muito difícil a psicoterapia nesses casos, e eventualmente um tratamento medicamentoso, em geral, para tentar conter um pouco a agressividade mas a gente não tem muitas alternativas, infelizmente.¹⁴

¹³ HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2013, p. 172-173.

¹⁴ ABP TV - Psicopatia x Transtorno Antissocial de Personalidade. [S.l.]: Abp Tv, 2017. (43 min.). Vídeo no Youtube, son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uD-JHo48jzw>.

Huss, apesar de afirmar que há esperança para o futuro relativamente a estudos importantes na busca para um tratamento efetivo¹⁵, também segue a linha de que até o momento ele inexistente. Ainda, relaciona isso à carência de estudos, porém, apresenta dois. Um mostra com solidez que psicopatas, ante a tratamento psicoterápico, demonstravam menor melhora clínica e sua falta de motivação levava ao abandono. Outro, demonstrou que além de não melhorar alguns psicopatas pioravam, e o estudo foi usado pela lição de que a abordagem errada no tratamento pode aprimorar seus sentidos mais ofensivos por proporcionar-lhes “uma compreensão das emoções dos outros”¹⁶.

Em um ponto de vista prático, a partir das noções recebidas sobre tratamentos resta notória a impossibilidade de êxito, principalmente pelas características do portador de não se considerar doente. Existe uma palavra estranha utilizada no jargão médico que é anosognosia, utilizada quando o doente ignora sua doença, ou seja, não acredita ou não considera estar doente¹⁷. Desta forma, quando submetido a psicoterapias ele não acredita nela, trata com desdém e tende a apenas a utilizar-se desta para aprimorar suas características de manipulação. Quanto ao uso de fármacos, não é possível considerarmos que haveria sempre uma outra pessoa junto ao diagnosticado para convencê-lo a tomá-los, uma vez que por conta própria não o faria já que não se considera doente.

Sobre reincidência, afirma Huss que a ampla literatura “apoia a noção de que a psicopatia é potencialmente o melhor preditor de violência

¹⁵ HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011, p. 107.

¹⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹⁷ INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Temporada 1, ep. 4 “Glauco Villas Boas”. Beto Ribeiro, Carla Albuquerque. 44 min. **Amazon Prime**, 2012. Disponível em: https://www.primevideo.com/detail/oOSETBAWJF1G3IBV5YMK39CoL7/ref=atv_sr_fle_c_Tn74RA__1_1_1?pageTypeId=Bo84ZZ5ZKP&pageTypeIdSource=ASIN&sr=11&language=pt_br&qid=1623980525.

futura”¹⁸. No mesmo sentido, Fiorelli e Mangini trazem que “A psiquiatra forense brasileira Hilda Morana [...] afirma que é possível a previsão de reincidência criminal, nos casos de psicopatia”¹⁹. Ainda, a psiquiatra Lisieux Telles apresenta dado que aponta ser duas vezes maior a possibilidade de reincidência do portador de TPA em relação a um criminoso comum, e três vezes maior para praticantes de crimes com maior emprego de violência e crueldade. A psiquiatra relaciona estes dados à falta de capacidade destes seres de arrepender-se, de aprender com a punição e de não se motivar ante a submissão a qualquer alternativa de tratamento²⁰. Seguindo, ainda sobre a impossibilidade de tratamento, Fiorelli e Mangini lecionam:

Na prática prisional, o fundamental, que torna a intervenção mais delicada, é a dificuldade de essas pessoas aprenderem com a experiência, sendo que a intervenção terapêutica, em geral, não alcança os valores éticos e morais comprometidos. Para alguns autores, pessoas que preenchem os critérios plenos para *psicopatia* não são tratáveis por qualquer tipo de terapia.²¹

A relevância do assunto tratamento foi ressaltada prefacialmente por trazer importante ponto de problematização e debate ao estudo. Esta característica de possuir uma espécie de imunidade a tratamentos acaba por afastar o caráter educativo da pena – que deveria existir de maneira abrangente e efetiva, mas esse já é outro debate. Esta particularidade acirra a crítica sobre a redução de pena imposta pelo reconhecimento da

¹⁸ HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense**: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011, p. 113.

¹⁹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 107.

²⁰ ABP TV - Psicopatia x Transtorno Antissocial de Personalidade. [S.I.]: Abp Tv, 2017. (43 min.), Vídeo no Youtube, son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uD-JHo48jzw>.

²¹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 108.

semi-imputabilidade, que será estudado nos próximos capítulos, e gera questionamentos que chegam a um momento pós cumprimento de pena, onde o apenado portador do TPA terá conquistado o direito de liberdade e voltará a conviver em sociedade mesmo sem perspectiva de cura ou tratamento efetivo e com real possibilidade de reincidência.

Sobre este ponto que aborda o temor da sociedade quando da colocação em liberdade do portador do TPA pós cumprimento de pena, e unicamente no concernente a este tipo específico de caso, apontamos como positiva a mudança trazida pela Lei 13.964/19 que alterou aumentando de trinta para quarenta anos o tempo máximo de cumprimento de pena em regime fechado no Brasil. Estes fatores, somados a uma importante informação trazida por Fiorelli e Mangini, que revela a existência de estudos que apontam uma tendência de diminuição da chance de reincidência nos portadores do TPA após os quarenta anos²², podem até criar uma sensação de segurança perante a esses casos, mas não é o suficiente. Ainda, necessário frisar que a mudança na LEP trazida pela lei citada somente passou a vigorar em janeiro de 2020.

2.2 Transtorno de personalidade antissocial e seus reflexos no direito penal

Trazendo o assunto para as questões de direito, enfatiza-se que, a partir da suspeita sobre a saúde mental do acusado, instaura-se o incidente de insanidade mental, onde o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento, conforme o caput do artigo 149 do Código de Processo Penal²³, a realização de exame médico-legal.

²² FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 108.

²³ **Art. 149.** Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Sobre o exame psiquiátrico, Fernandes e Fernandes trazem, na obra *Criminologia Integrada*, o seguinte ensinamento:

O exame psiquiátrico leva em consideração as doenças mentais que possam existir ou terem aflorado no criminoso após a prática delituosa. O exame psiquiátrico é, por assim dizer, o centro, o âmago da observação criminológica, mesmo porque é ele que interferirá na inflicção, ou não, de pena (face a imputabilidade ou não do acusado), na possível redução do apenamento (nos casos de semi-imputabilidade) [...]

É o exame psiquiátrico que vai dizer se o delinquente é, ou não, mentalmente sã [...] ²⁴

Salientar a importância da realização da perícia médica psiquiátrica nos casos onde há suspeita sobre a higidez mental do infrator mostra-se imperativo, haja vista as consequências que este ato traz para o processo penal. O conteúdo do laudo, embora não vinculativo, em nome do princípio da livre valoração da prova pelo Magistrado, tem peso relevante nos atos decisórios. Sobre seus efeitos, em um primeiro momento, ainda na instrução, vem o reconhecimento da inimputabilidade, da semi-imputabilidade ou da imputabilidade plena. Posteriormente, já na execução penal, o laudo apontando ser o condenado portador do TPA tem a consequência de impedir benesses como os indultos e a progressão do regime de cumprimento de sentença.

Quando pensamos em saúde mental estabelecemos como padrões o indivíduo normal e o louco, aquele que sofre de doença mental. O portador de TPA está situado entre estes dois padrões, um limítrofe entre a loucura e a sanidade²⁵. Sendo assim considerado, postula-se que as capacidades em

²⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. P 255/256.

²⁵ INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Temporada 1, ep. 4 “Glaúco Villas Boas”. Beto Ribeiro, Carla Albuquerque. 44 min. Amazon Prime, 2012. Disponível em: <https://www.primevideo.com/detail/oOSETBAWJF1G3IBV5>

análise a fim de considerar a imputabilidade do autor de um crime são a cognitiva e a volitiva. Ao doente mental considera-se não suportar nenhuma destas. Já no portador do TPA apenas uma dessas capacidades resta afetada. Considera-se ter esse agente a capacidade de inteligência incólume. Segundo Abdalla-Filho e Engelhardt, “não se observa um comprometimento da esfera intelectual, ou seja, os indivíduos com TPs geralmente são considerados detentores de plena capacidade de entendimento em relação à prática de um determinado ato.”²⁶ Por sua vez, é a capacidade volitiva – relativa a determinar-se ante ao ato – que resta afetada no portador do TPA. Neste sentido:

A maior questão relacionada à perícia dos indivíduos com TP na esfera criminal recai sobre a avaliação da capacidade de determinação em relação ao ato praticado. Isso se deve ao fato de que tal capacidade não depende somente de sua própria condição de entendimento, mas envolve também a dimensão volitiva do ato praticado, o que está frequentemente alterado nos portadores desses transtornos, [...]. Dessa forma, a sensibilidade exagerada a contrariedades e rejeições dos indivíduos com TP paranoide, assim como a baixa tolerância à frustração e o baixo limiar para descarga de agressão dos indivíduos com TP antissocial, podem ser exemplos paradigmáticos de interferência da esfera emocional em suas capacidades de determinação, apesar da preservação da capacidade de entendimento.²⁷

É justamente por ser considerado apto para entender a dimensão – inclusive a criminoso – do ato, porém ter afetada apenas a capacidade de determinar-se, que estes agentes são enquadrados, de acordo com o

YMK39CoL7/ref=atv_sr_fle_c_Tn74RA__1_1_1?pageTypeld=Bo84ZZ5ZKP&pageTypeldSource=ASIN&sr=11&language=pt_br&qid=1623980525.

²⁶ ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.). **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528.

²⁷ ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.). **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528.

parágrafo único do artigo 26 do Código Penal²⁸, como semi-imputáveis. Esta é a mais importante consequência do reconhecimento da patologia no acusado uma vez que acaba por reduzir-lhe a pena de um a dois terços.

A consequência da redução de parte da pena ante a constatação do TPA no acusado é alvo de crítica neste estudo. Reduzir a pena para agentes potencialmente mais violentos não parece medida inteligente. Ponto de vista crítico também é apresentado por Abdalla-Filho e Engelhardt, conforme trazem na seguinte lição:

A semi-imputabilidade ou responsabilidade penal diminuída nos casos de TP dá margem a uma discussão calorosa sobre suas possíveis consequências. Segundo o parágrafo único do Artigo 26 do Código Penal, é possível que um indivíduo nessas condições tenha sua pena diminuída em um ou dois terços. Isso significa colocar em liberdade, em um menor prazo, alguém que teria potencial para cometer delitos em grau maior do que a população em geral, como certos indivíduos portadores de TP antissocial. Ademais, a condição de semi-imputabilidade dos indivíduos com esse tipo específico de TP pode até mesmo estimular suas práticas criminosas, pela possibilidade de que interpretem a redução da pena como uma espécie de direito adquirido para a prática de delitos.²⁹

Sobre este ponto, portanto, conclui-se como equivocada a medida imposta que é a redução de um a dois terços da pena ante ao diagnóstico de incidência do TPA no agente.

²⁸ **Art. 26 § 1º** do Código Penal: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

²⁹ ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.). **Psiquiatria Forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528.

3 Dos efeitos quanto à imputabilidade do portador do TPA

3.1 Imputabilidade

Um dos elementos da culpabilidade, a imputabilidade penal conceitua-se, segundo Nucci, como “o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento”³⁰. No mesmo vértice, Jesus traz, citando Aníbal Bruno, que “Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”³¹. A imputabilidade penal trata-se, portanto, da capacidade do agente de receber a pena, aplicada pelo Estado, prevista para o ato ilícito que tenha cometido, tendo, ao tempo do ato, maturidade mental e perfeita capacidade cognitiva. Já a inimputabilidade é um dos mais importantes fatores excludentes de culpabilidade, aplicada quando o agente não apresenta as capacidades retro mencionadas.

Em nosso Código Penal o conceito de agente imputável é apresentado de maneira contrária – *contrario sensu* – no seu artigo 26³², que versa sobre a inimputabilidade por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo³³. Logo, o sujeito imputável é aquele que, ao contrário do que prega o caput do art. 26 do CP, por ter maturidade e ausência de patologia de ordem mental é inteiramente capaz de entender e determinar-se ante ao fato ilícito.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p 314-315.

³¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 513.

³² **Art. 26** - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. P. 513.

Ao tratar-se da metodologia de aplicação da imputabilidade, são apresentados em doutrina três sistemas: o biológico, o psicológico e o biopsicológico, sendo este último o utilizado como regra geral no ordenamento brasileiro, com uma exceção, na questão da maioridade penal, onde adota-se somente o fator biológico³⁴.

Sobre a maioridade penal, enfatiza-se tratar de direito constitucional, conforme previsão no Art. 228 da CF³⁵, além de restar expresso no Art. 27 do CP³⁶. A legislação especial a que se referem os artigos citados trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O sistema biológico é dotado de um caráter objetivo, onde o determinante é o fato de o agente ter 18 anos completos³⁷ ou somente o fato de ser portador de moléstia de ordem mental³⁸. Ressalta-se que a inimputabilidade por não ter o agente atingido a maioridade penal é a única exceção onde adota-se apenas o critério biológico para a apreciação da imputabilidade no ordenamento nacional.

Já o sistema psicológico é dotado de caráter subjetivo, onde sua aplicação considera se faltava ao agente, no momento do fato, a capacidade de avaliar o potencial criminoso do ato, somada à falta de capacidade de posicionar-se diante do que avaliou³⁹, ou seja, respectivamente, capacidade intelectual e capacidade volitiva.

O sistema biopsicológico nada mais é do que a junção dos dois, sendo este o adotado pelo ordenamento brasileiro. Desta forma, considerar-se-á a fim de julgar a imputabilidade do agente a ocorrência de patologia de

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p 475.

³⁵ **Art. 228** - São plenamente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

³⁶ **Art. 27** - Os menores de 18 (dezoito) anos são plenamente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

³⁷ LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquemático - Direito Penal - Parte geral**. 9^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. P 461.

³⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p 544.

³⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p 544.

ordem mental e se era o mesmo incapaz de exercer as capacidades intelectual e volitiva ao momento da ação⁴⁰. O próprio artigo 26 do Código Penal deixa claro a incidência deste sistema ao declarar a isenção de pena para aquele que por “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”, onde na parte inicial da oração transcrita percebe-se o critério biológico e na parte final o psicológico, resultando na apreciação biopsicológica do agente e sua conduta.

3.2 Semi-imputabilidade e sua incidência no portador do TPA

Para a introdução do assunto semi-imputabilidade destaca-se o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal brasileiro, conforme transcrito:

Art.26. Parágrafo Único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No caput do supra referido artigo, a fim de delimitar a inimputabilidade, o legislador utilizou a figura do agente “inteiramente incapaz” de avaliar a situação criminosa. Já no parágrafo único, liberando um entendimento intermediário entre imputabilidade e inimputabilidade, utilizou o legislador a figura do sujeito que “não era inteiramente capaz” de entender e determinar-se ante ao fato.

Cumprе ressaltar que é recorrente na doutrina o entendimento de que os termos mais utilizados, sejam semi-imputabilidade ou

⁴⁰ Ibid., p 544.

imputabilidade diminuída, são equivocados, tendo sido encontrados nas referências do presente estudo classificações como: “A expressão é incorreta”⁴¹; “As expressões [...] são absolutamente impróprias”⁴² e “a expressão “semi-imputável” se mostra dogmaticamente equivocada”⁴³, todas fundadas no argumento de que, mesmo reconhecida a condição que enquadra o caso no parágrafo primeiro do art. 26 do CP, o agente não deixa de ser um imputável.

Vejamos então: imputável é o sujeito normal, dotado de maturidade e capacidade mental para entender e escolher cometer o ilícito; inimputável é o que não tem a maturidade desenvolvida – menor de 18 anos em virtude do critério puramente biológico – ou é inteiramente incapaz, por motivo de doença mental, de entender como errada a escolha de cometer o ilícito. Assim sendo, a figura da semi-imputabilidade vem como uma forma intermediária entre as outras duas, trazendo para o agente considerado semi-imputável a possibilidade da redução da pena de um a dois terços.

Ainda, assim como o parágrafo único do art. 26 do CP traz como consequência a redução de pena ao semi-imputável, o art. 98⁴⁴ traz outra possível consequência relativa ao reconhecimento da semi-imputabilidade, a possibilidade de “necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial”. Neste sentido, leciona o

⁴¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 546.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 484.

⁴³ LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquemático - Direito Penal - Parte geral**. 9^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 463.

⁴⁴ **Art. 98** - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

professor Bitencourt, referindo-se à semi-imputabilidade como “culpabilidade diminuída”:

A culpabilidade diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade, ou, nos termos do art. 98 do CP, a possibilidade de, se necessitar de especial tratamento curativo, aplicar-se uma medida de segurança, substitutiva de pena. Nesse caso, é necessário, primeiro, condenar o réu semi-imputável, para só então poder substituir a pena pela medida de segurança, porque essa medida de segurança é sempre substitutiva da pena reduzida. Quer dizer, é preciso que caiba a pena reduzida, ou seja, que o agente deva ser condenado. E o art. 98 fala claramente em “condenado”. Logo, no caso da semi-imputabilidade, requer-se a condenação, quando for o caso, evidentemente.⁴⁵

Apesar de o parágrafo único do Artigo 26 do CP utilizar a expressão “pode ser reduzida”, “cuida-se de poder-dever judicial”⁴⁶. Quer dizer que deve ser concedida ao réu a redução da pena conforme previsto na Lei, e deverá ser quantitativamente relativa à diminuição da capacidade mental do agente atestada pelo perito.⁴⁷

A averiguação do estado mental do réu “depende de exame pericial. Sempre que houver suspeitas sobre a higidez mental do agente deve o juiz, de ofício ou mediante requerimento, determinar a instauração de um incidente de insanidade mental (CPP, arts. 149 a 152).”⁴⁸. O Artigo 149 do Código de Processo Penal⁴⁹ abre a possibilidade de a perícia médica ser designada de ofício pelo magistrado ou a requerimento. O mais comum,

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 486.

⁴⁶ LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquematizado - Direito Penal - Parte geral**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 464.

⁴⁷ *Ibid.*, p 463-464.

⁴⁸ LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquematizado - Direito Penal - Parte geral**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 462.

⁴⁹ **Art. 149**. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

porém, é o seu requerimento pela defesa do réu, visando a redução da pena caso seja reconhecida a culpabilidade diminuída.

Assim sendo, no contexto do processo penal realizar-se-á a perícia psiquiátrica. Cumpre ressaltar que, forte no princípio da livre apreciação da prova, e com apoio nos artigos 155⁵⁰ e, mais especificamente, no 182 do Código de Processo Penal⁵¹, o Juiz não tem a obrigatoriedade de sujeitar sua decisão ao resultado do laudo.

Quanto às possibilidades de entendimento perito, os professores Lenza, Estefam e Gonçalves listaram as seguintes:

1^a) que o agente não possui qualquer doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado: nesse caso, desde que o juiz concorde com a perícia, o autor do fato será considerado penalmente imputável;

2^a) que o sujeito possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas isto não interferiu em sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação (no momento da conduta): em tal situação, e novamente desde que o magistrado esteja de acordo com o resultado da perícia, o acusado será julgado como imputável;

3^a) que o réu é portador de doença mental ou desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado e teve sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação inteiramente suprimida, ao tempo do ato: se o juiz concordar com o resultado do exame, o agente será considerado inimputável, ficando sujeito a uma medida de segurança (desde que, obviamente, comprove-se seja ele o autor do crime e que o fato praticado se revestiu de tipicidade e antijuridicidade);

4^a) que o denunciado é portador de doença mental ou desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado e teve sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação diminuída, por ocasião da ação ou omissão: se o magistrado se convencer do acerto da perícia, o sujeito será considerado semi-

50 **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

51 **Art. 182.** O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

imputável, ficando sujeito a uma pena diminuída (de um a dois terços) ou a uma medida de segurança, caso esta se mostre necessária em razão da necessidade de tratamento;

5^a) por fim, pode o perito constatar que o agente era, ao tempo da conduta, mentalmente são e, posteriormente, acometeu-se de alguma doença mental: nessa situação (concordando o juiz com a conclusão da perícia), dar-se-á a superveniência de doença mental, o que provocará a suspensão do processo penal, nos termos do art. 152 do CPP.⁵²

Constata-se, portanto, a suma relevância do diagnóstico pericial no processo o qual incidiu suspeita de patologia de ordem mental do agente, exercendo influência fundamental tanto para a sentença quanto para a dosimetria da pena em caso de condenação.

A relação do tema da imputabilidade e sua forma diminuída com o tema central deste estudo – o Transtorno de Personalidade Antissocial – se dá na recorrente classificação do agente portador do TPA como semi-imputável. Primeiramente, por não ser considerado o transtorno doença mental, denominação que “abrange as psicoses (...), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia etc.”⁵³, tampouco retardo. Ainda, por ser considerado uma doença da vontade, não excluindo, portanto, a culpabilidade, uma vez que age apenas na vontade, e não na inteligência⁵⁴. Para explicar de maneira mais didática, cumpre lembrar quando abordamos a questão do critério psicológico de avaliação da imputabilidade – aquele que é relativo ao caráter subjetivo da ação e avalia as capacidades intelectual e volitiva do agente. No caso do portador do transtorno de personalidade antissocial considera-se que este não tem perda na capacidade intelectual, ou seja, o agente é sim capaz de

⁵² LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquematizado – Direito Penal – Parte geral**. 9^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 462-463.

⁵³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 545.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9^a Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 318.

compreender o potencial delitivo e a ilicitude do fato, é, porém, na capacidade volitiva que mora a deficiência do portador do TPA, onde o agente com a mente transtornada sofre o vício de vontade que o permite cometer o ilícito.

De certa forma parece ajustada a maneira como a legislação trata o assunto. Para os maiores de 18 anos são dois critérios avaliados: inteligência e vontade. Se apresenta os dois é imputável, se não apresenta nenhum é inimputável e se apresenta um, mas não o outro, semi-imputável. É, porém, a consequência do reconhecimento da culpabilidade diminuída que deve ser objeto de discussão, uma vez que as principais características do portador de tpa – falta de empatia, desprezo pela figura humana, manipulação, ausência de culpa etc. – normalmente acabam por proporcionar mais violência ao cometer o crime, o que traz relevante contradição onde o mesmo motivo que leva o agente a elevar sua pena em razão das qualificadoras é capaz de reduzir-lhe a pena de um a dois terços com o reconhecimento da semi-imputabilidade.

Conclusão

O estudo acabou por levar-nos ao conhecimento de tratar-se a psicopatia de patologia clinicamente conhecida por Transtorno de Personalidade Antissocial, estando a psicopatia dentro do transtorno, sendo o nível mais avançado deste. O objetivo da pesquisa veio no sentido de relacionar o tema com o Direito Penal Brasileiro, propondo a estudo se, a partir das particularidades deste tipo de agente, o ordenamento jurídico penal brasileiro trata de maneira adequada estes casos.

Primeiro posicionamento conclusivo a partir deste estudo é sobre a possibilidade de tratarmos com distinção psicopatia e transtorno de personalidade antissocial, entendendo a primeira como um nível mais elevado do segundo. Assim sendo, há que se medir este nível, e é a partir

da escala PCL-R, advento criado pelo mais conceituado pesquisador sobre o tema, o psicólogo canadense Robert Hare, que é possível escalonar os níveis de incidência do transtorno em cada portador, e os dotados de nível mais elevado serão considerados psicopatas. Para os pacientes de nível mais baixo na escala PCL-R não cabe a denominação de psicopata, porém o transtorno existe e se manifesta, nos casos leves através de condutas nem sempre criminosas mas que também traduzem os sintomas. Mas psicopatia, porém, não é termo clínico, uma vez que não é citado nos mais importantes guias de medicina e de psiquiatria, o CID-10 e o DSM-V, nos quais figura apenas o transtorno de personalidade antissocial, ou dissocial. De modo geral, acerca desta temática, concluiu-se que a psicopatia se encontra inserida dentro de um contexto geral do transtorno de personalidade social, que pode apresentar-se em diversos níveis, sendo o elevado considerado psicopatia.

Seguindo, o estudo das questões da imputabilidade do agente portador do transtorno, com o reconhecimento da semi-imputabilidade e a conseqüente redução da pena, foram alvo de crítica por este autor. Doutrina e jurisprudência revelaram critério de obrigatoriedade da aplicação da redução que reza o parágrafo único do artigo 26 do CP. Concluímos, porém, ser medida equivocada. Ainda que a descrição do semi-imputável no referido artigo mostre-se em coerência com o agente portador do TPA, e que se entende ter o agente deficiência na capacidade volitiva, a medida da redução mostra-se inapropriada uma vez que põem em liberdade em tempo menor agente com potencial possibilidade de reincidência em crimes violentos.

Referências

ABDALLA-FILHO, Elias; ENGELHARDT, Wolfram. Transtornos da Personalidade. In: ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba (org.).

Psiquiatria Forense de Taborda. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 27, p. 506-528. FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 4^a Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

ABP TV - Psicopatia x Transtorno Antissocial de Personalidade. [S.I.]: Abp Tv, 2017. (43 min.), Vídeo no Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uD-JHo48jzw>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592122/>. Acesso em: 30 Mar 2021.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2013, p. 172-173.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2011.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Temporada 1, ep. 4 “Glauco Villas Boas”. Beto Ribeiro, Carla Albuquerque. 44 min. **Amazon Prime**, 2012. Disponível em: https://www.primevideo.com/detail/oOSETBAWJF1G3IBV5YMK39CoL7/ref=atv_sr_fle_c_Tn74RA__1__1_1?pageTypeld=Bo84ZZ5ZKP&pageTypeldSource=ASIN&sr=11&language=pt_br&qid=1623980525.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 34^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor E. R. **Esquemático - Direito Penal - Parte geral**. 9^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: **DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9^a Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10^a Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

Doente terminal e a morte digna: os processos do morrer à luz da Bioética

*Eliane Cunn Krupp*¹
*Emerson de Lima Pinto*²

1 Introdução

O avanço científico e tecnológico possibilitou o prolongamento da vida humana, todavia, por meio de tratamentos, muitas vezes, considerados extraordinários e desproporcionados, uma vez que não oferecerem benefícios ao doente terminal, senão apenas prolongando o processo de morte.

No presente estudo, observar-se-á a importância de respeitar a vontade do doente terminal, que não mais deseja lutar inutilmente contra a doença grave e incurável, portanto, prevalecendo a autonomia do paciente; de minimizar o sofrimento do paciente terminal deixando de submetê-lo a tratamentos fúteis, mas a terapias que aliviem os sintomas da doença – cuidados paliativos –, desta forma, valorando a dignidade da pessoa humana; de permitir ao doente terminal uma morte digna, natural, no seu tempo certo, isto é, sem intervenções que alonguem (distanásia) ou abriem (eutanásia) sua existência, assim, predominando o direito à vida e não o dever à vida.

O direito à saúde é um direito fundamental e que zela pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo essencial ao serviço público,

¹ Bacharela em Direito pelo CESUCA. Advogada. Assessora Especial da 7ª Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos de Porto Alegre/RS. E-mail: elianekrupp@hotmail.com.

² Pós Doutor em Direito, Doutor em Filosofia e Mestre em Direito (UNISINOS). Professor do Curso de Direito do CESUCA. Advogado. E-mail: ersonlp@terra.com.br.

devendo o Estado zelar e tutelar a saúde à população, como aos seus próprios servidores e empregados públicos. Em síntese, o princípio da dignidade humana está tutelado constitucionalmente ao direito à saúde, sendo a preocupação com a própria saúde um fenômeno primordial do ser humano³.

Nesse sentido, não se justifica o prolongamento do processo de morte do paciente terminal, o qual se encontra em estado irreversível de terminalidade da vida, para o qual a ciência médica não tem perspectiva de cura, assim, estendendo no tempo uma existência sem qualidade de vida.

2 Morte e saúde

Esta seção versará sobre o breve contexto histórico da morte e da saúde.

2.1 Breve contexto histórico: Morte

Conceituada como sendo o “fim da vida humana”⁴, tem-se que, “sob o ponto de vista psicológico, o homem tem que se defender de vários modos contra o medo crescente da morte e contra a crescente incapacidade de prevê-la, e precaver-se contra ela”⁵.

A morte sempre foi um mistério para a humanidade, provocando sua imaginação, e desafiando seu pensamento.⁶ Laura Scalldaferrri Pessoa traz uma noção histórica do comportamento humano em relação à morte:

³ GADAMER, Hans-Georg. **O caráter oculto da saúde**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 8.

⁴ HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁵ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 9. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. p. 18.

⁶ KOVÁCS, M. J. et. al. **Morte e existência humana**: caminhos de cuidados e possibilidades de intervenção. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008. p. 171.

Vários povos eliminavam aqueles membros que consideravam um estorvo para a coletividade, demonstrando que o debate eutanásico é tão antigo quanto a humanidade. Guiados por uma moral nitidamente utilitária, os espartanos lançavam os recém-nascidos deformados do alto do monte Taijeto. Os celtas permitiam que os filhos matassem os pais quando estes não tivessem mais serventia e, na Índia, os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges para morrer. Os esquimós matavam seus parentes acometidos por doenças que não pudessem ter cura.

Os visigodos, por sua vez, tinham um penhasco elevado – a “Roca dos antepassados ou dos avós” – do qual os anciões se precipitavam quando estavam cansados de viver.

[...]

Era comum guerreiros medievais carregarem consigo um instrumento pontiagudo – a *misericórdia* – para abreviar o sofrimento de companheiros muito feridos.⁷

Nesse contexto, observa-se que a vida humana estava atrelada para além de uma vida apenas biológica, mas à utilidade do ser humano, à qualidade de vida, à vida em sociedade. Na Idade Média, a “morte era esperada no leito, numa espécie de cerimônia pública organizada pelo próprio moribundo”.⁸ A morte era recebida com simplicidade.⁹ No final da Idade Média, “a consciência de si e da sua biografia confundiu-se com o amor pela vida. A morte não foi apenas uma conclusão do ser, mas também uma separação do ter: é preciso deixar casas, pomares e jardins”¹⁰.

A partir dos séculos XIII-XIV, os funerais passam a ser cada vez mais religiosos, criando-se o hábito de celebrar missas para a salvação dos

⁷ PESSOA, Laura Scalldaferrri. **Pensar o final e honrar a vida:** direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19-20.

⁸ KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. p. 33.

⁹ PESSOA, Laura Scalldaferrri. **Pensar o final e honrar a vida:** direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

¹⁰ ARIÈS, Philippe. **O homem perante a morte.** ed. 106047/7453. Tradução de Ana Rahaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000. p. 166.

mortos, e de velar o cadáver em igreja, a fim de realizar os ritos de despedida. Com o declínio da autoridade moral da Igreja Católica, culminando na reforma protestante do século XVI, intelectuais, cientistas e clérigos começaram a procurar justificativas para as práticas de morte voluntária. Neste contexto, o filósofo inglês Francis Bacon cunhou a palavra eutanásia, no sentido de boa morte, sem sofrimento, a qual via como única solução cabível às doenças incuráveis.

Nos séculos XVIII e XIX, intelectuais britânicos começaram a racionalizar a morte voluntária, elaborando projetos filosóficos materialistas contrários aos princípios básicos da antropologia cristã.¹¹ No século XIX surgiu o espiritismo, ligado à expectativa de vida futura. Na França, os estudos começam com Alan Kardec e Flammarion, em 1854.¹²

No século XX, a boa morte é aquela a qual era mais temida na antiguidade, a morte repentina, não percebida. A morte não mais é considerada fenômeno natural, mas fracasso, impotência ou imperícia, assim, devendo ser ocultada. Neste contexto, triunfa a medicalização, que mantém a doença e a morte na ignorância e no silêncio.¹³

Desse modo, observa-se que a morte continua desafiando a humanidade, senão pela chegada repentina, como noutros tempos, agora pela longevidade, que traz consigo os infortúnios da velhice ou da doença, e pelo medo da solidão na terminalidade da vida e no momento da morte.

2.2 Breve contexto histórico: Saúde

O conceito de saúde pública nasce muito depois do conceito de saúde, ao qual já se referia o filósofo grego Hipócrates, que viveu no século IV a.C.

¹¹ PESSOA, Laura Scaldaferrí. **Pensar o final e honrar a vida:** direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

¹² KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. p. 38.

¹³ KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. p. 39.

Hipócrates afirmava que o modo como as pessoas vivem em uma sociedade, isto é, o tipo de vida que levam, seria fator determinante para influenciar as principais doenças que acometem a população. Isso agregado às condições da própria cidade. Dessa forma, o médico que fosse capaz de compreender as influências do meio na saúde dos habitantes, certamente trataria os doentes de maneira adequada¹⁴.

Com Celso, também, deu ênfase à importância de fatores externos para compreender melhor o corpo humano e suas vicissitudes. Em razão do seu trabalho como minerador, o médico e alquimista suíço-alemão conseguiu relacionar determinadas doenças com o ambiente ao qual os trabalhadores eram submetidos. Essas conclusões foram feitas na primeira metade do século XVI.¹⁵ No momento de uma deliberação moral, todo ser racional leva em consideração a liberdade, indagando sobre o que ele deveria fazer naquela circunstância para tomar uma boa decisão moral, uma decisão livre, sem a pressão de mais ninguém senão o próprio indivíduo que está a *julgar moralmente*¹⁶. Esse questionamento reclama pelos motivos que o instigam a agir, bem como as razões que levam alguém a elaborar juízos sobre como agir da melhor maneira. Contudo, a solução para o referido problema tradicionalmente reside na lei, que constitui um princípio universal, válido para todas as pessoas, um princípio não circunscrito aos limites empíricos na tradição dominante.

Após a segunda Grande Guerra, a sociedade, destruída em todos os aspectos e desacreditada, quis consolidar alguns direitos considerados indispensáveis a uma vida digna. A política do Estado passa a englobar a

¹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 17.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**. v. 22, n. 1: São Paulo, 1988. p. 58.

¹⁶ SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft: ver. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 15-18.

proteção sanitária no início do século XX. Dallari ensina quais são as três formas de prevenção: a) primária: está focada principalmente em eliminar as causas e as condições do surgimento de doenças, atuando tanto sobre o meio ambiente, quanto sobre o próprio indivíduo; b) secundária: tem como finalidade evitar o aparecimento de uma doença determinada, através de vacinas, dos controles de saúde, etc.; c) terciária: busca limitar a incidência de incapacidades crônicas ou de recidivas.¹⁷ O conceito de polícia médica originou-se de uma sociedade em transformação – durante a ascensão da filosofia do Iluminismo – que, inconformada com as explicações sobrenaturais para todos os fenômenos, buscou, na ciência e na razão, respostas. Pela preocupação com o método científico para descrever doenças e tratamentos, essa filosofia elevou o patamar das ciências médicas, incentivando a intervenção estatal na área da saúde. Inclusive as classes menos favorecidas tiveram um tratamento mais digno, através do controle das práticas médico-cirúrgicas e da melhoria estrutural da cidade, a fim de prevenir doenças, endemias, epidemias e pandemias.¹⁸

Com o desvelamento da relação entre saúde e condições de trabalho, o Estado Social preocupa-se com a lógica econômica. Torna-se, então, o responsável pela prevenção sanitária, criando a previdência social, cuja finalidade não consiste apenas em tomar conta dos doentes, mas também abrange a parte de organização da prevenção sanitária. O Estado, assim, passa a investir enormes quantias para melhorar a prestação da saúde destinada aos seus cidadãos. Na hermenêutica que envolve o direito sanitário, que passa a ser aplicado com mais eficiência quando o Sistema

¹⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 251.

¹⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 249.

é organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade, que tem sido reinterpretados, uma vez que a experiência com pandemias é original neste século, de forma diversa das epidemias que se tornam, infelizmente, mais constantes na sociedade contemporânea. Compreendido como direito individual, o direito à saúde valoriza a liberdade. O indivíduo é livre para escolher o tipo de vida que vai levar, em que cidade vai morar, o trabalho que vai realizar, o tratamento médico ao qual vai se submeter em caso de doença etc. Disso depreende-se que apenas um Estado desenvolvido nos níveis econômico, cultural e social será capaz de oferecer ao indivíduo a efetiva liberdade indispensável ao direito à saúde enquanto direito subjetivo.¹⁹ Somente em um ambiente propício, o indivíduo é realmente livre para fazer suas escolhas.²⁰

Com a análise de Zak, talvez, estejamos diante de um modo original de pensarmos sobre estas questões, pois a sua molécula da moralidade está ensejando uma abertura reflexiva sobre substâncias que podem ter influência sobre nossa compreensão de moralidade. O resgate que Zak faz do melhor Smith bastante promissora na sua abordagem em que estabelece um fio condutor entre a teoria dos sentimentos morais do escocês e do papel que sua oxitocina desempenha. Sobre nossa estrutura biológica, faz referência do seguinte modo:

Somos criaturas biológicas, portanto tudo que somos advém de processo biológico. A biologia, por meio de seleção natural, recompensa e incentiva comportamentos adaptáveis, o que significa que contribuem para a saúde e a sobrevivência de tal modo que produz maior número de descendentes adiante. [...] diretriz de sobrevivência do mais forte, a natureza chega às mesmas

¹⁹ COELHO, Helena Beatriz Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. v. 30, n. 63, jan./jun. Porto Alegre, 2006. p. 129.

²⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*. v. 22, n. 1. São Paulo, 1988. p. 59.

conclusões morais oferecidas pela religião, ou seja, de que é sempre melhor se comportar de maneira colaborativa e – na falta de uma palavra melhor – moral. A natureza chega exatamente ao mesmo ponto seguindo um caminho diferente e talvez mais universal.²¹

A superação da metafísica, como história do esquecimento do ser, é o fundamento que separa as duas correntes filosóficas, e entendemos que pode estar consubstanciada na visão da hermenêutica filosófica aplicável por meio do *diálogo* à percepção jurídica vigente assentada em *mitos*²² e tradições, que pode haver se constituído em verdade (in)autêntica, que forja uma ideia de Constituição dominante. E, em sua obra “O Caráter oculto da saúde” verifica-se um Gadamer preocupado com a necessidade de uma nova reflexão sobre a saúde e, a partir de seu entendimento do cuidado da saúde ou com a saúde, produz tensão teórica sobre a mudança a que a ciência tem sido objeto de constante evolução/transformação.

Isso é uma mudança fundamental de nossa vida. [...] Outrora, os efeitos a altura dos quais nos haviam colocado as novas possibilidades do avanço científico, foram-nos, por toda parte, limitados por normas que se mantinham válidas em nossa tradição cultural e religiosa de modo inquestionável e evidente. [...] vê-se hoje a própria ciência em conflito com nossa consciência humana de valores. Eu me refiro a algo como a horrível perspectiva que foi desenvolvida com base na moderna genética em direção à mudança de genótipos e à reprodução controlada. [...] Também não tem a pavorosa nitidez que teve o emprego de energia atômica para a destruição de vidas em Hiroshima. Mas, na consciência do pesquisador, manifesta-se, desde então, a advertência de que ele possui uma crescente responsabilidade pelo futuro da humanidade.²³

²¹ ZAK, Paul. **A Molécula da Moralidade**: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.

²² GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 466-467.

²³ GADAMER, Hans-Gerg. **O caráter oculto da saúde**. 1. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 17-18.

No *acontecer da verdade*²⁴ está o elemento da facticidade, sendo que todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história, pela história do ser que limita a compreensão. No fim do século XX, uma nova concepção de saúde pública desponta, seja pelo insucesso das políticas de prevenção – que não conseguiram ultrapassar as barreiras da exclusão social, – seja pelo novo paradigma científico – que ressalta, agora, uma forte interligação entre os hábitos individuais e o estado de saúde. E sobre o papel que está reservado a hermenêutica filosófica, como tarefa teórica e prática e em nosso pensamento.

2.3 Terminalidade

O doente terminal é aquele que está fadado à morte, em razão de doença grave e incurável. É “aquele que se aproxima do fim, para o qual já foram atingidos os limites dos processos curativos, não havendo nenhuma esperança de salvá-lo. Vale dizer que o processo de morte está instalado e é inevitável”²⁵. É “a forma como são chamados os pacientes com doenças para as quais ainda não foi encontrada a cura, e que se encontram hospitalizados ou no lar”²⁶.

A concepção de terminalidade é compreendida como a “última fase de um processo patológico irreversível”.²⁷ Diante da situação de terminalidade, são possíveis três condutas: i) prolongar a vida por meio de drogas e aparelhos, conquanto isso signifique, também, o prolongamento da agonia (distanásia); ii) apressar o fim, através de conduta ativa ou

²⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Coleção Filosofia 40. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 70.

²⁵ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida*: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40.

²⁶ KOVÁCS, Maria Júlia. *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. p. 195.

²⁷ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida*: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.

passiva de abreviação da vida (eutanásia); iii) proporcionar cuidados paliativos para minimizar o sofrimento, sem, entretanto, tentar manter a vida além do tempo natural (ortotanásia).²⁸

3 Bioética

Nesta seção serão abordadas a conceituação da bioética, a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia, sendo que esta tratará dos cuidados paliativos.

3.1 Conceituação

A bioética, no sentido próprio do termo, nasceu nos Estados Unidos,²⁹ quando Van Rensselaer Potter cunhou o neologismo *bioethics* em 1970.³⁰ Insta dizer que “No termo bioética (do grego ‘bios’, vida, e ‘ethos’, ética) ‘bio’ representa o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas vivos, e ‘ética’ representa o conhecimento dos valores humanos”.³¹ Segundo Dall’Agnol, Potter pensou na bioética como

uma “ciência da sobrevivência”. Para construí-la, seria necessário reunir a ética (valores) e a ciência (fatos). A bioética nasceu, portanto, como uma tentativa de pensar a vida como um todo, sem separá-la da ciência e da tecnologia.³²

Para Kovács, um ponto que

provoca discussões importantes no ramo da bioética é o desenvolvimento da tecnologia médica, o prolongamento da vida, às vezes sem limite, e o dilema entre a sacralidade da vida e uma preocupação com a sua qualidade. Se é a

²⁸ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

²⁹ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: I. Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 24.

³⁰ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Bioética e longevidade humana**. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 7.

³¹ PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Bioética e longevidade humana**. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 11.

³² DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. [Minha Biblioteca]. p. 7.

vida, como valor absoluto, que deve ser mantida a todo custo, nada poderá ser feito para a sua abreviação, e deve se evitar a morte a todo custo. Foi o desenvolvimento da tecnologia que favoreceu a manutenção e prolongamento da vida, e então pergunta-se até quando investir em tratamentos e quando interrompê-los. Estes são os dilemas relativos à eutanásia, à distanásia, ao suicídio assistido e ao morrer com dignidade.³³

Nesse ínterim, importa destacar que a bioética está associada à proteção da vida humana e à dignidade da pessoa humana.³⁴ Contexto em que é questionável o fato de até que ponto proteger a vida humana viola sua dignidade ou o que realmente é proteger a vida humana nesses casos. A fim de corroborar esse dilema ético e jurídico, tem-se a seguinte explicação:

Como a bioética compreende a reflexão sobre como o ser humano trata seu entorno vivo (flora, fauna e a vida humana do semelhante), implicando limites éticos que correspondam à concretização de valores a serem impostos a certas atividades de natureza, sobretudo, econômica e científica, quando judicializada, encontra respaldo em um complexo normativo limitador, entre outras, principalmente, da liberdade científica.³⁵

Portanto, constata-se que as ciências sociais não acompanharam o desenvolvimento das ciências biológicas, assim, o atual ordenamento jurídico não está a par do que ocorre no mundo científico. Oportuno citar a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, a qual reconhece

³³ KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019. p. 119.

³⁴ MARTINS, L.; SCHLINK, B. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

³⁵ MARTINS, L.; SCHLINK, B. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

[...] com base na liberdade da ciência e da pesquisa, que os desenvolvimentos científicos e tecnológicos têm sido e podem ser de grande benefício para a humanidade *inter alia* no aumento da expectativa e na melhoria da qualidade de vida, e enfatizando que tais desenvolvimentos devem sempre buscar promover o bem-estar dos indivíduos, famílias, grupos ou comunidades e da humanidade como um todo no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais [...].³⁶

Pelo exposto, pode-se concluir que a ciência deve trabalhar em prol da saúde, da vida humana, respeitando sua dignidade, bem como primar pela qualidade de vida e promover o bem-estar aos indivíduos. Neste contexto, entende-se encontrar a individualidade dos homens, que significa ofertar o tratamento adequado e consentido a cada caso.

3.2 Princípios

Os princípios “funcionam como regras, talvez como regra geral, que dirige o interessado a uma abordagem particular para a solução de um problema. Mesmo não sendo fundamentais, os princípios são, pelo menos, úteis”.³⁷ Ao tratar dos princípios da bioética, Heloisa Helena Barboza afirma que o estabelecimento desses princípios

decorreu da criação, pelo Congresso dos Estados Unidos, de uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela Biomedicina. Iniciados os trabalhos em 1974, quatro anos após publicou a referida Comissão o chamado Informe Belmont, contendo três princípios: **a)** o da **autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas [...]; b)** o da **beneficência [...]; c)** o da **justiça ou imparcialidade na**

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris, 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 27 abr. 2019.

³⁷ ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2015. p. 132.

distribuição dos riscos e dos benefícios [...]. A esses três princípios Tom L. Beauchamp e James F. Childress acrescentaram outro, em obra publicada em 1979 (7), o da "**não-maleficência**" [...]. (grifo nosso).³⁸

Segundo Junges,

O princípio de autonomia é o ponto de referência ético para o enfermo, os princípios de beneficência e não-maleficência para o médico e o princípio de justiça para as instituições de saúde e a sociedade no tratamento de questões relativas à vida e à saúde dos seres humanos.³⁹

Posto isso, importa dizer que não há hierarquia entre os princípios bioéticos, assim, não havendo sobreposição de um em relação a outro, desse modo, devendo ser analisado caso a caso a aplicação adequada.

3.2.1 Beneficência e Não-maleficência

Beneficência é o princípio que corresponde ao fim primário da medicina: o de promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, e de evitar o mal. É algo além do princípio do não-malefício, tendo em vista que não comporta unicamente o abster-se de prejudicar, mas implica principalmente o imperativo de fazer ativamente o bem, assim como de prevenir o mal.⁴⁰ Para Kovács,

[...] na maior parte das instituições hospitalares observa-se a posição paternalista, na qual, baseada no princípio da beneficência, de se fazer o bem e evitar o sofrimento adicional, a equipe age unilateralmente, justificando-se com a ideia de que sabe o que é melhor para o paciente; ou seja, considera que

³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. **Revista Bioética**: Princípios da Bioética e do Biodireito. v.8, n.2, 2000. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 23 set. 2018. p. 211.

³⁹ JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 40/41.

⁴⁰ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: 1. Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 167.

este não está preparado para saber o que é o melhor para si. Assim, a equipe de saúde é a depositária do saber.⁴¹

Nessa linha, Engelhardt Jr. aduz que “Se fazemos aos outros o que queremos que façam a nós, podemos estar impondo a eles, contra sua vontade, uma visão particular da vida boa”. Neste sentido, compreende a necessidade de utilizar o princípio da beneficência de forma positiva, segundo a máxima “Faça aos outros o bem deles”.⁴² Isso implica dizer que o conceito de fazer o bem é relativo, à medida que o que pode ser o melhor para um, pode não ser para outrem.

O princípio da não-maleficência,

segundo o qual não se deve causar mal a outro e diferencia, assim, do princípio da beneficência que envolve ações de tipo positivo: prevenir ou eliminar o dano e promover o bem, mas se trata de um bem de um contínuo, de modo que não há uma separação significante entre um e outro princípio.⁴³

Tal princípio trata-se de um “desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*”⁴⁴ (primeiro não prejudicar)⁴⁵, “cuja finalidade é reduzir os efeitos adversos ou indesejáveis das ações diagnósticas e terapêuticas no ser humano”⁴⁶.

⁴¹ KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019. p. 120.

⁴² ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2015. p. 145-146.

⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. **Revista Bioética: Princípios da Bioética e do Biodireito**. v.8, n.2, 2000. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 23 set. 2018. p. 211.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

⁴⁵ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). Publicações. **Princípios bioéticos**. Disponível em: www.cremesp.org.br/?site_Acao=PublicacoesConteudoSumario&id=53. Acesso em: 11 maio 2019.

⁴⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). Publicações. **Princípios bioéticos**. Disponível em: www.cremesp.org.br/?site_Acao=PublicacoesConteudoSumario&id=53. Acesso em: 11 maio 2019.

3.2.2 Autonomia e Justiça

O princípio da autonomia “se refere ao respeito à vontade e ao direito de autogovernar-se, favorecendo que a pessoa possa participar ativamente dos cuidados à sua vida”.⁴⁷ Destarte, “para que a autonomia possa ser exercida é fundamental que o paciente receba as informações necessárias, que o instrumentalizem e o habilitem para a tomada de decisões, diante das opções existentes em cada situação”.⁴⁸ O profissional de saúde deve respeitar “a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta [...] seus valores morais e crenças religiosas”, assim, reconhecendo-se “o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento”.⁴⁹

Quanto ao princípio da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, implica dizer que não pode uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante.⁵⁰ Compactuando desse entendimento, Diniz afirma que “os iguais deverão ser tratados igualmente”, e acrescenta que “Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente”.⁵¹ O princípio da justiça “estabelece como condição fundamental a equidade: obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido”.

⁴⁷ KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019. p. 119.

⁴⁸ KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019. p. 119.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

⁵⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **Revista Bioética: Princípios da Bioética e do Biodireito**. v.8, n.2, 2000. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 23 set. 2018. p. 211.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16/17.

Assim, “o médico deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente”. Dessarte, “os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas”.⁵² Aristóteles afirma que

Entre semelhantes, a honestidade e a justiça consistem em que cada um tenha a sua vez. Apenas isto conserva a igualdade. A desigualdade entre iguais e as distinções entre semelhantes são contra a natureza e, por conseguinte, contra a honestidade.⁵³

Nesse contexto, Junges traz a solidariedade como princípio que “supera a pura igualdade e a imparcialidade juridicamente frias e opta preferencialmente pelos menos favorecidos na atenção à saúde”, acreditando que a “solidariedade é o princípio que deve orientar eticamente as relações sociais assimétricas”.⁵⁴

Assim, conclui-se que o princípio da justiça visa ao bem comum, uma vez que tende a distribuir com equidade os recursos, ou seja, não se está falando na máxima de tirar dos ricos e dar aos pobres, mas de levar em consideração o princípio da solidariedade, o qual se entende impregnado no princípio da justiça, a fim de tornar mais justo o acesso à saúde, mediante políticas públicas que tenham por fim reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

⁵² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). Publicações. **Princípios bioéticos**. Disponível em: www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=53. Acesso em: 11 maio 2019.

⁵³ ARISTÓTELES. **A política**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 18 maio 2019. p. 45.

⁵⁴ JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 61.

3.3 Eutanásia

Termo nascido dos vocábulos gregos: *eu* (boa) e *thanatos* (morte), a expressão boa morte foi utilizada pela primeira vez por Francis Bacon, para reportar-se à prática como única providência cabível diante de doenças incuráveis,⁵⁵ em 1623, na sua obra *Historia vitae et mortis*⁵⁶. No entendimento de Diniz,

[...] não passa de um suicídio, em que, por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida.⁵⁷

Nesse sentido, Farah aduz que “A eutanásia é uma solução profundamente íntima entre paciente e médico, atores que são da decisão; um juiz, quando acionado, será incapaz de julgar, com segurança, os critérios com os quais alguém deve morrer”. E continua: “Quando o peso clamoroso da senilidade e da angústia advindas da moléstia incurável e dolorosa abate sobre o doente, faltarão razões para obstar o desejo de abreviar a vida”.⁵⁸ Insta dizer que

A sociedade, porém, está evoluindo para a harmonização conceitual entre qualidade de vida e sacralidade da pessoa, para compatibilizar a eutanásia com os procedimentos médicos justificáveis. Está-se tomando consciência de que a eutanásia merece avaliação mais realista, em face da inutilidade de

⁵⁵ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida:** direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 324.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 323.

⁵⁸ FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia - reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** Vol. 28. p. 131-178. Jul-Dez/2011. DTR\2011\5258. [Thomson Reuters]. p. 3-4.

tratamentos ofensivos à dignidade humana. É justa a preocupação dos que verberam contra a utilização inútil ou ineficaz dos instrumentos da tecnologia moderna para a preservação apenas biológica da vida de doentes terminais ou de doenças irreversíveis.⁵⁹

A eutanásia pode ser classificada, quanto à forma de atuação do agente, como ativa, “quando decorrente de uma conduta positiva, comissiva”; e passiva, “quando o resultado morte é obtido a partir de uma conduta omissiva”. Nesta, “omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que ainda poderiam beneficiar o paciente, com a intenção de provocar, de antecipar a morte”.⁶⁰

Em relação à intenção do agente, classifica-se como direta, “nos casos em que há a intenção de provocar a morte”, e indireta ou de duplo efeito, “nos casos em que, embora sem o intuito direto de antecipar a morte, tal antecipação advém como efeito indesejado, colateral e não buscado de conduta lícita e originalmente benéfica e indicada para o paciente”.⁶¹

Ademais, a eutanásia admite modalidades diferentes, de acordo com a voluntariedade, isto é, o consentimento do doente. “Pode ela ser *voluntária*, quando há expresse e informado consentimento; *não-voluntária*, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e *involuntária*, quando é realizada contra a vontade do paciente”.⁶²

Dessarte, a morte antecipada por meio da eutanásia, embora possa ser praticada com intuito de cessar o sofrimento para o enfermo, assim,

⁵⁹ FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia - reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 28. p. 131-178. Jul-Dez/2011. DTR\2011\5258. [Thomson Reuters]. p. 4.

⁶⁰ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 109-110.

⁶¹ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 111.

⁶² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf. Acesso em: 22 maio 2019. p. 207-208.

revestindo-se de relevante valor moral, tendo em vista o sentimento de compaixão que norteia a conduta, trata-se de ato tipificado no Código Penal Brasileiro⁶³.

3.4 Distanásia

A questão base é definir quando uma determinada intervenção médica não mais beneficia o doente, e torna-se, desse modo, fútil e inútil. A insistência em realizá-la vai resultar na situação caracterizada como distanásia.⁶⁴ O tratamento fútil

[...] sempre envolve uma falha em atingir um objetivo médico ou um bem pessoal. Se os pacientes não são beneficiados no sentido médico, os tratamentos, mesmo que temporariamente eficazes, são fúteis e os médicos têm o direito (de fato dever) de não oferecer a eles, baseados nos princípios da beneficência e da não-maleficência.⁶⁵

Pode-se dizer que “Trata-se, portanto, de uma prática médica excessiva e abusiva, que decorre das possibilidades oferecidas pela tecnologia, com a obstinação de estender seus efeitos desmedidamente”. Esta alternativa, muitas vezes, é “utilizada pelo médico, para evitar questionamento de erro ou falha no atendimento” ou “ditada pela família, que não se conforma com a perda do ente querido”.⁶⁶ Nesse contexto,

Retomamos a questão da vida, e da sua manutenção a todo custo. Quando se leva em conta apenas a sacralidade, o que importa é a vida, sem entrar no mérito de sua qualidade. Quando a discussão envolve a qualidade do viver,

⁶³ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. **Caso de diminuição de pena:** § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

⁶⁴ PESSINI, Leocir. **Distanásia:** até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 163.

⁶⁵ PESSINI, Leocir. **Distanásia:** até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 177.

⁶⁶ MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. **Morte digna?:** direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 223-225.

então, não são somente os parâmetros vitais que estão em jogo, mas sim que não haja sofrimento. O que é fundamental não é a extensão da vida e sim sua qualidade.⁶⁷

Há de se ter em mente que “Nem tudo que é tecnicamente possível é tecnicamente correto, e a luta pela vida deve levar em conta alguns limites racionais e humanos, para além dos quais se compromete a dignidade humana”.⁶⁸ Junges afirma que

[...] não é necessário fazer, sempre e em todas as circunstâncias, o máximo para preservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana; não é preciso usar meios desproporcionados para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir para prolongar a vida.⁶⁹

Nesse contexto, Dworkin faz uma alusão acerca do estado de consciência do doente: “Quando os pacientes permanecem conscientes, seu senso de integridade e da coerência de suas vidas afeta crucialmente o que pensam sobre a questão de estar ou não entre seus interesses fundamentais o fato de continuarem vivos”.⁷⁰

Diante da afirmação de médicos de que não há mais nada a ser feito, Arantes afirma que descobriu que “isso não é verdade. Pode não haver tratamentos disponíveis para a doença, mas há muito mais a fazer pela *pessoa* que tem a doença”⁷¹. Nesta afirmação, encontra-se a aplicação dos

⁶⁷ KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019. p. 120.

⁶⁸ PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 151.

⁶⁹ JUNGES, José Roque. **Bioética; perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 183.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/169958301/dominio-da-vida-aborto-eutanasia-e-liberdades-individuais-ronald-dworkin-1>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 297.

⁷¹ ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016. p. 46.

cuidados paliativos, que “podem ser úteis em qualquer fase da doença, mas sua necessidade e seu valor ficam muito mais claros quando a progressão atinge níveis elevados de sofrimento físico e a medicina nada mais tem a oferecer”⁷² que possa evitar a morte.

A morte deve ser entendida como um acontecimento natural, tendo-se em mente que estender a vida indistintamente (distanásia) é tão grave quanto antecipar a morte (eutanasia). Portanto, tem-se que a distanásia é o “prolongamento do processo de morte, e não da vida em si, uma vez que a vida biográfica do sujeito muitas vezes já não existe mais, restando apenas a vida biológica”.⁷³

3.5 Ortotanásia

Vocábulo oriundo dos radicais gregos *orthos* (correto) e *thanatos* (morte), significa a morte no seu tempo certo, ou seja, a morte cuja ocorrência não é antecipada, nem adiada. É, pois, “a adoção de uma postura intermediária: deixar que a morte certa e inevitável se manifeste, preservando-se, em favor do paciente, todos os cuidados básicos com a sua saúde”.⁷⁴

A ortotanásia “(morte correta) [...] significa deixar morrer em paz, proporcionando ao enfermo uma morte digna e respeitando os seus direitos”.⁷⁵ Ela “procura respeitar o bem-estar global da pessoa e abre pistas para as pessoas garantirem a dignidade no seu viver e no seu morrer”⁷⁶. Nesse sentido, Montero aduz que

⁷² ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016. p. 46.

⁷³ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 153.

⁷⁴ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 134.

⁷⁵ JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 180.

⁷⁶ PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 227.

A toda pessoa assiste efetivamente o direito a morrer com dignidade. Ninguém o põe em dúvida. O direito a uma verdadeira morte digna traz consigo uma série de prerrogativas: o direito do doente de manter um diálogo aberto e uma relação de confiança com a equipe médica e com o seu entorno; o direito ao respeito da sua liberdade de consciência; o direito a saber a todo o momento a verdade sobre seu estado; o direito a não sofrer inutilmente e a beneficiar-se das técnicas médicas disponíveis que lhe permitam aliviar sua dor; o direito a decidir o seu próprio destino e a aceitar ou rejeitar as intervenções cirúrgicas às quais lhe querem submeter; o direito a abandonar os remédios excepcionais ou desproporcionados na fase terminal.⁷⁷

Tem-se, portanto, que, na ortotanásia, “omitem-se os tratamentos *fúteis e desproporcionais*, que nenhum proveito traria ao paciente e que somente postergariam a sua morte, quando chegada a hora de morrer”.⁷⁸ Importa elucidar que

Os meios proporcionais são aqueles em que os benefícios esperados para o paciente superam os possíveis efeitos graves. Desproporcionais, por conseguinte, são as medidas cuja perspectiva de benefício para o paciente seja inferior aos males que se possa antever. Trata-se, a rigor, de um juízo de adequação, que sopesa os valores-princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência [...].⁷⁹

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1.805/2006 que dispõe sobre a atuação médica frente a pacientes terminais portadores de doenças graves e incuráveis, preâmbulo *in verbis*:

⁷⁷ MONTERO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária?** reflexões sobre a tese da autonomia. Revista dos Tribunais. Vol. 778. Ago. 2000. p. 461-475. DTR/2000/632. [Thomson Reuters]. p. 3.

⁷⁸ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 135.

⁷⁹ GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 133.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.⁸⁰

O art. 2º da supracitada Resolução⁸¹ contempla a filosofia dos cuidados paliativos, dispensados aos doentes terminais, aos quais a cura não mais é possível, assim, aliviando os sintomas da doença, e minimizando ao máximo o sofrimento.

Necessário destacar que o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009) veio ratificar a ortotanásia:

É vedado ao médico:

[...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁸²

Por fim, malgrado não explicitamente constante do nosso ordenamento jurídico pátrio, a ortotanásia foi recepcionada pelo Conselho

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

⁸¹ Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social, espiritual, inclusive assegurando a ele o direito da alta hospitalar.

⁸² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

Federal de Medicina, conforme supramencionado, bem como pode ser defendida por meio do direito fundamental à vida e dos princípios constitucionais da autonomia e da dignidade da pessoa humana, haja vista seu caráter humanitário.

3.5.1 Cuidados paliativos

O cuidado paliativo surgiu na Inglaterra, em 1967, com a fundação do *St. Christopher Hospice* e a “pessoa extraordinária e carismática de Cicely Saunders, uma assistente social que cuidava das necessidades dos pacientes em fase final no hospital *St. Thomas*, em Londres”.⁸³ Consoante a Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo conceito definido em 1990 e atualizado em 2002, cuidados paliativos

[...] consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.⁸⁴

Na última década, sobretudo após a fundação da Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP), em 2005, ocorreu uma preocupação com a regulamentação da prática de cuidados paliativos no Brasil. Em 2006, o Conselho Federal de Medicina instaurou a Câmara Técnica de Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos. O empenho deste grupo resultou na redação da referida Resolução nº 1.805/2006, que permite ao médico a suspensão de procedimentos sustentadores de vida em caso de

⁸³ PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 205.

⁸⁴ BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (BVS MS). Instituto Nacional de Câncer (INCA). Publicações. **Serviços de cuidado paliativo gestão da qualidade**. Brasília, [2019?]. Disponível em: http://bvsm.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/gestao_da_qualidade.pdf. Acesso em: 28 maio 2019. p. 3.

doença grave e incurável, ficando conhecida como a resolução da ortotanásia.⁸⁵ Segundo a ANCP, cuidado paliativo significa:

Proteger. Esse é o significado de paliar, derivado do latim *pallium*, termo que nomeia o manto que os cavaleiros usavam para se proteger das tempestades pelos caminhos que percorriam. Proteger alguém é uma forma de cuidado, tendo como objetivo amenizar a dor e o sofrimento, sejam eles de origem física, psicológica, social ou espiritual.⁸⁶

Para Arantes, “Diante de uma doença grave e incurável, as pessoas entram em sofrimento desde o diagnóstico”, pois “A morte anunciada traz a possibilidade de um encontro veloz com o sentido da vida, mas traz também a angústia de talvez não ter tempo suficiente para a tal experiência de descobrir esse sentido”.⁸⁷

Os cuidados paliativos têm como filosofia: a) a afirmação da vida e o enfrentamento do morrer como um processo normal; b) não apressar nem adiar a morte; c) procurar aliviar a dor e outros sintomas angustiantes; d) integrar os aspectos psicológicos e espirituais nos cuidados do paciente; e) oferecer um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viverem ativamente tanto quanto possível até a morte; f) oferecer um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente e com o seu próprio luto.⁸⁸

Há cinco importantes princípios éticos da medicina paliativa na atenção aos pacientes terminais: i) Princípio da veracidade: consiste na “comunicação da verdade, por mais dura que seja, deve-se ter muito

⁸⁵ CARVALHO, R. T. et al. **Manual da residência de cuidados paliativos**: abordagem multidisciplinar. Barueri: Manole, 2018. [Minha Biblioteca]. p. 86.

⁸⁶ ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (ANCP). **O que são cuidados paliativos**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁸⁷ ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016. p. 44.

⁸⁸ PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 209.

cuidado quanto ao *que, como, quando, quanto* e a *quem* se deve informar”; ii) Princípio da proporcionalidade terapêutica: “obrigação moral de se implementar todas as medidas terapêuticas que tenham uma relação de proporção entre os meios empregados e o resultado previsível”; iii) Princípio do duplo efeito: “assinala as condições que deveriam ser observadas para que a realização de um ato que tem dois efeitos – um bom e outro mau – seja lícito”; iv) Princípio da prevenção: “Prever as possíveis complicações e/ou os sintomas que com maior frequência se apresentam na evolução de determinada condição clínica”, e “Implementar as medidas necessárias para prevenir tais complicações e aconselhar oportunamente os familiares sobre os melhores cursos de ação a seguir [...]”; v) Princípio do não-abandono e o tratamento da dor: não “abandonar um paciente porque este recusa determinadas terapias, mesmo quando o médico considere a recusa inadequada”. Assim, “Ao desafio da presença solidária junto dos que estão na fase final da vida acrescenta-se a questão do tratamento da dor”.⁸⁹ Nesse contexto, Arantes aduz que

Nem todos os médicos que trabalham com pacientes terminais sabem cuidar de pacientes terminais. A maioria fala que Cuidados Paliativos todo mundo sabe fazer. Dizem que é apenas uma questão de bom senso. O problema é que nem todo mundo tem bom senso, embora todos pensem que têm!⁹⁰

Portanto, o que se busca para o doente terminal, o qual tem por iminente o fim da vida, não mais é o tratamento da doença, mas o cuidado da pessoa doente, a qual necessita de conforto e amparo no período que precede a morte. Para tanto, deve-se fazer uso dos cuidados paliativos, os

⁸⁹ PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 211-214.

⁹⁰ ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016. p. 53.

quais têm por escopo “os problemas físicos, espirituais e psicológicos do paciente e o respeito por sua dignidade e sua autonomia”⁹¹.

Considerações finais

A morte digna, aqui entendida, compreende o respeito à autonomia do doente terminal e à dignidade da pessoa humana, mediante a renúncia a terapias fúteis – que nenhum benefício trazem ao doente terminal, senão alongando no tempo seu sofrimento e agonia através da distanásia –, e a utilização da ortotanásia, por meio dos cuidados paliativos, os quais têm como objetivo o bem-estar da pessoa em sentido amplo, uma vez que não mais trata a doença, mas a pessoa doente, proporcionando conforto por meio do alívio do sofrimento físico e psíquico.

Insta dizer que devem ser levados em consideração os valores do doente, bem como seu desejo de permanecer vivo, uma vez que somente este pode mensurar seu sofrimento e o quanto esta existência o faz bem, sendo direito do indivíduo decidir o melhor para si. Malgrado, a presente pesquisa tenha falado demasiadamente sobre a morte, seu maior objetivo é primar pela vida, mas enquanto digna, a qual se entende por autônoma, independente, relacional, social e afetiva, haja vista que a pessoa é um ser de relação com o outro e com o mundo, portanto, não sendo crível a redução do ser humano a sua patologia.

Desse modo, o propósito deve ser a qualidade de vida do doente terminal, e não a quantidade de vida proporcionada pela manutenção desta vida a todo custo. Por conseguinte, tem-se que assiste ao doente terminal o direito de ser deixado em paz, de não mais receber intervenções médicas inúteis, possibilitando, assim, uma morte natural, com conforto e tranquilidade.

⁹¹ GODINHO, A. M. et. al. *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 138.

Referências

- ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (ANCP). **O que são cuidados paliativos**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>. Acesso em: 28 maio 2019.
- ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.
- ARIÈS, Philippe. **O homem perante a morte**. ed. 106047/7453. Tradução de Ana Rahaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000.
- ARISTÓTELES. **A política**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **Revista Bioética: Princípios da Bioética e do Biodireito**. v. 8, n. 2, 2000. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 23 set. 2018.
- BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (BVS MS). Instituto Nacional de Câncer (INCA). Publicações. **Serviços de cuidado paliativo gestão da qualidade**. Brasília, [2019?]. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/inca/gestao_da_qualidade.pdf. Acesso em: 28 maio 2019.
- CARVALHO, R. T. et al. **Manual da residência de cuidados paliativos: abordagem multidisciplinar**. Barueri: Manole, 2018. [Minha Biblioteca].
- COELHO, Helena Beatriz Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. v. 30, n. 63, jan./jun. Porto Alegre, 2006.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do

paciente ou de seu representante legal. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). Publicações. **Princípios bioéticos**. Disponível em: www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=53. Acesso em: 11 maio 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**. v. 22, n. 1. São Paulo, 1988.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. [Minha Biblioteca].

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/169958301/dominio-da-vida-aborto-eutanasia-e-liberdades-individuais-ronald-dworkin-1>. Acesso em: 23 maio 2019.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

FARAH, Elias. Eutanásia, ortotanásia e distanásia - reflexões básicas em face da ciência médica e do direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 28. Jul-Dez. 2011. p. 131-178. DTR/2011/5258. [Thomson Reuters].

GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Gerg. **O caráter oculto da saúde**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

GODINHO, A. M. et. al. **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/ao8v14n2.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

KOVÁCS, M. J. et. al. **Morte e existência humana**: caminhos de cuidados e possibilidades de intervenção. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 9. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. **Morte digna?**: direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento**: um olhar jurídico sobre a resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

MARTINS, L.; SCHLINK, B. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTERO, Etienne. Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? reflexões sobre a tese da autonomia. **Revista dos Tribunais**. Vol. 778. Ago. 2000. p. 461-475. DTR/2000/632. [Thomson Reuters].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris, 2005. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 27 abr. 2019.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Bioética e longevidade humana**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: I. Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução Lya Luft: ver. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Coleção Filosofia 40. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

ZAK, Paul. **A Molécula da Moralidade**: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Guarda e visitação de animais em processos de divórcio: uma realidade no judiciário brasileiro

*Fábio Carvalho de Azevedo*¹
*Mariana Menna Barreto Azambuja*²

1-Introdução

Os animais sempre tiveram participação na vida das pessoas, como meios de auferir algum rendimento, na forma de transporte, na utilização para pesquisas, na guarda ou como parceiro no dia a dia. Tratando-se do animal como um membro familiar, é comum trazê-lo a um patamar de proximidade ao ambiente da vivência cada vez mais próxima ao homem, pois ele faz parte dos momentos daquela família, seja eles de afeto seja de discórdia. E, por isso, o papel deste ser de estimação torna-se mais relevante no mundo atual, pela sua convivência, pelo modo com que é inserido na vida das famílias, por todas as demonstrações e manifestações de amor do animal, que independem de como é tratado pelo seu dono. Essa convivência entre homem e animal demonstra cada vez mais a sofisticação, complexidade e problemática dessa relação.

Quando se fala que num processo de divórcio, além da separação de bens, delimitação de visita e guarda de filhos, há a questão de pagamento de pensão alimentícia, o que, até aqui, parece ser normal, porque está no cotidiano da sociedade brasileira, nas decisões do judiciário, para fazer

¹ Bacharel de Direito pela Faculdade CESUCA (Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha). Administrador. Pós-graduado em Gestão do Capital Humano pela Fapa Porto Alegre. Master em Gestão de Negócios pelo Insper/SP. flia.lucca@terra.com.br

² Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Professora e Coordenadora Acadêmica no Centro Universitário CESUCA. Orientadora do presente artigo.

cumprir o que a lei determina. Busca sempre, quando existem filhos menores oriundos da relação do casal que está em processo de divórcio, o melhor para as crianças. A situação do divórcio está amparada por legislação e, em muitos casos, o Poder Judiciário é acionado para garantir o direito de ambas as partes.

No entanto, quando se trata de decisões que o Poder Judiciário deve tomar, quando as pessoas, a fim de resolver suas desavenças, brigas, disputas, não conseguem fazer de forma civilizada e utilizam a Justiça, para que este poder decida sobre uma questão, que provavelmente com bom senso, seria resolvida. Mas a inconsequência, imaturidade, vingança, disputas que pode-se dizer, sem qualquer cabimento, vem como alternativa a solução de forma judicial. E, nessa seara, apresenta-se a questão da guarda e visitação de animais em processos de divórcio.

Estes seres não são humanos, mas participam de todos os momentos, quando estão num lar, em momentos de alegria ou de tristeza, de tranquilidade ou de irritação. Eles não têm preferência por um ou por outro, estão perto daqueles que os querem próximos e não pedem nada além de um carinho, levar para passear e, quando fazem, nem por isso ficam bravos, estão sempre ali esperando, para uma nova brincadeira, um carinho, enfim, estão sempre à disposição.

Esses questionamentos do motivo que levam um casal a brigar na justiça pela guarda de um animal demonstram tamanha importância desses seres na vida de uma família, pois acabam não sendo somente animais para quem convive diariamente com eles, são muito mais. Quando ficamos doentes, eles ficam mais próximos. Quando eles ficam doentes, dá-se a atenção como se humanos fossem. Sentimentos por eles demonstrados, talvez não vejamos nas pessoas.

E, por este motivo, que discutir a guarda e visitação de animais, quando num processo de divórcio, dissolução de união estável, acaba por

gerar conflitos para o casal que está pondo um fim em seu relacionamento, seja pelo carinho que o casal tem para com o animal e nenhum dos dois quer separar-se dele, seja como mais uma forma de prejudicar, de vingar-se, de trazer a discórdia, numa relação que já está desgastada. Cada dia mais casais vão à Justiça para resolver essa questão, o que demonstra a importância desse assunto.

2 O conceito jurídico dos animais

Nunca os animais tiveram tanta importância como hoje. Sempre foram tratados e utilizados como meio para obter algum resultado, com ganho econômico. Desde o início dos tempos eram meios de transporte, de vestuário, de alimentação. O tempo passa e a utilização foi sendo ampliada, como obtenção de vacinas, cobaias, esporte, entre tantas outras formas de ver no animal algo que não tivesse como intuito uma utilização comercial³. Os anos avançaram, as civilizações mudaram e a visão do homem para com os animais mudou e a compreensão de que serviam somente para o trabalho e gerar riqueza também mudou.

Cabe, no entanto, identificar a evolução dos animais no ordenamento jurídico, sua presença dentro da legislação brasileira e uma análise mais ampla, em outros países.

2.1 A evolução do animal no ordenamento jurídico

Ante essa análise preliminar da presença da proteção animal, num breve histórico das Constituições no Brasil e sua colocação na atual Constituição Federal de 1988, bem como o conhecimento da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, criado dez anos antes da nossa Magna Carta, existem citações em leis nacionais que tratam do animal, anteriores

³ AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. **Direito dos animais sob aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 18.

às proposições legais já mencionadas, que demonstram, no entanto, uma preocupação diferente com esses bens semoventes⁴.

Na história das Constituições Brasileiras, não houve qualquer alusão ao direito dos animais, a não ser pelo cuidado dado a esses seres na atual Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Apesar desse atraso, em se tratando de Constituição Brasileira, verifica-se que um cuidado mais amplo, com um sentido de garantir direitos aos animais, ocorre dez anos antes, com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁵ – Unesco – ONU (Bruxelas – Bélgica, 27 de janeiro de 1978), trata do assunto em seu artigo 5: “Cada animal pertencente a uma espécie, que vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie.”

⁴ Que se move por si mesmo; que anda autonomamente. Algo que se consegue mover por si mesmo. [Jurídico] Bens semoventes. Diz-se dos bens que se conseguem mover por si mesmos, como animais, automóveis etc. DICIO – Dicionário online de Português. **Semoventes**. 2019d. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/semoventes/>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁵ SUIPA – Sociedade União Internacional Protetora dos Animais. **Direito internacional e direito comparado. BRASIL. Declaração Universal Dos Direitos Dos Animais. Proclamada pela Unesco em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978. Disponível em:** https://www.suipa.org.br/index.asp?pg=leis_detalhes.asp&id=19. Acesso em: 21 mar. 2019.

Valle⁶ faz um breve comentário a respeito: “Os animais de estimação eram tratados como patrimônio e sujeitos à apropriação.”

Com o advento do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a relação do animal com o homem continua como sendo de um objeto e propriedade de quem o adquire, o que evidencia no artigo 82: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

Hegel⁷ fala da coisa como objeto do homem, pois a coisa não possui vontade sobre si: “Tem o homem o direito de situar a sua vontade sobre a coisa; esta torna-se, então, e adquire-a como fim substancial (que em si mesma não possui), como destino e como alma, a minha vontade. É o de apropriação que o homem tem sobre todas as coisas.”

Na relação da coisa como objeto de direito, Pontes de Miranda, refere que coisa é sinônimo de objeto, lembrando que: “Todavia, como há objetos, inclusive coisas, que não podem ser objeto de direito, objeto de direito é somente a coisa suscetível de ser objeto de direito ou outro objeto que o seja”.⁸ Não há qualquer coisa, que possa ser objeto de direito e ter, a partir dessa objetivação, senão o próprio ou outro objeto. A coisa na qual se discute ser o objeto de direito em questão deve ser determinada, não pode ser aleatoriamente informada, sob pena dessa coisa perder seu valor de discussão.

⁶ VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabel Ferreira. A guarda dos animais de estimação no divórcio. **ABDC** - Academia Brasileira de Direito Civil, v. 3, n. 2, p. 1-23. 2018. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22/18>. Acesso em: 23 mar. 2019. p. 8.

⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 46.

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 38.

Quando, porém, o objeto tem alguma utilidade ao homem, pode ser caracterizado como coisa, segundo Venosa⁹: “Devem-se entender por bens ou coisas (res) todos os objetos suscetíveis de conceder uma utilidade qualquer ao homem.”

Quando o tema Direito das Coisas é abordado, o que primeiro observa-se é que, como a propriedade sempre teve um papel relevante no ambiente social, senão, um dos principais, e a prioridade em garantir direitos ao se proprietário, sua regulamentação legal sempre foi tratada como prioridade. Rizzardo¹⁰ verifica que: “[...] desde os primórdios do aparecimento do direito, convencionou-se o Direito das Coisas como aquele que regula a propriedade, ou que trata das relações jurídicas entre o homem e as coisas suscetíveis de apropriação pelo ser humano.”

Há, ainda, a conceituação de Direito das Coisas como tudo aquilo que não é humano. O que não está estabelecido como humano, como pessoa, dentro do Direito Civil, é regulado pelo Direito das Coisas. É o que demonstra a conceituação de Tartuce¹¹:

Direito das Coisas – é o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis. Como *coisas*, pode-se entender tudo aquilo que não é humano [...] ou ainda os bens corpóreos, na linha polêmica da doutrina.

A relação entre o homem e o animal transcendeu os tempos e faz parte da história da humanidade. Quando olha para a história, o animal sempre fez parte do cotidiano das famílias, nos mais diversos tipos de

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **1945 - Direito civil: teoria geral** São Paulo: Atlas, 1984. p. 221.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **1942 - Direito das coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil - volume único**. 8. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 976.

funções, como guarda, caça, alimento, entre tantas outras utilizações que o homem deu aos animais. Valle¹² diz que:

A relação entre homem e o animal remonta a história da humanidade, sendo marcada pela superioridade dos indivíduos e pela domesticação dos animais criados para suprir as necessidades de transporte, alimento e vestuário [...] Os animais nada mais eram do que seres irracionais e sem sentimentos que contribuíam para a manutenção da propriedade e, em alguns casos, considerados moedas de troca [...]

Olhando a descrição do Direito para animais, confirma-se, em grande parte, que são analisados como objetos, como se vê com a conceituação que cada autor analisado dá ao tema.

O tratamento com animais, nesse contexto, é analisado pela apropriação de quem a detém e demonstra que este guarda, reflete o sentido de posse por aquilo que utiliza e de que faz parte de seu espaço.

Ainda, analisa Venosa¹³, é o que se verifica atualmente: “a necessidade de regularização e comprovação de propriedade de semoventes, pois muitos animais de alto valor, como cavalos, cães, gado de alta linhagem, possuem registro administrativo ou privado.”

Observa-se que existem mecanismos suficientes de cuidado e de proteção aos animais, que possibilitam ampará-los quando estiverem sofrendo maus-tratos, crueldades ou sendo utilizados de forma inadequada, seja para estudos científicos, pesquisas, seja para qualquer forma de abuso que venham gerar qualquer dano a esses seres.

¹² VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabel Ferreira. A guarda dos animais de estimação no divórcio. **ABDC** - Academia Brasileira de Direito Civil, v. 3, n. 2, p. 1-23. 2018. p. 8. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22/18>. Acesso em: 24 mar. 2019. p. 1 - 7.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. 1945 - **Código civil comentado**: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos 1.196 a 1.368, volume XII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 291.

2.2 Animais e a afetividade aos humanos

Não há a possibilidade de falar em animais e não se lembrar de animais domésticos, pois convivem de forma mais harmônica nos lares das mais diversas famílias. Sendo elas ricas, ou pobres, em pátios enormes, ou em espaços compartilhados com várias crianças, dormindo num berço acolchoado, com detalhes feitos para aquele animal, ou disputando um espacinho qualquer junto às crianças nas noites de frio. Ou aqueles que comem a melhor ração, em contraste com aquele que não come nada ou, quando come, é o resto de seu dono.

Sobre esses animais de estimação, como cães, gatos, pássaros, que são os mais comuns de conviver em casa, além de outros mais inusitados, como ratos, porcos, aves das mais diversas espécies e tantos outros, é que se observa a questão da afetividade com seus donos. Mas, normalmente, esses bichos são as grandes companhias para ter e seus comportamentos é que dão ideia de como os animais sentem-se ao lado das pessoas que convivem.

Sobre essa questão, Broom¹⁴ diz que: “As interações e relações entre animais domésticos e seres humanos são de interesse particular por causa de sua relevância para o bem-estar do animal doméstico e do ser humano envolvido, [...]”

Portanto, há uma via de mão dupla, pois a vinculação do animal com o homem não traz somente o bem-estar ao animal, que naturalmente gosta de estar perto de seu dono, mas também a este, que, por muitas vezes, é a companhia que se faz presente quando ninguém está. Esse respeito do homem com o animal deve ser demonstrado, independente da

¹⁴ BROOM, D. M.; FRASIER, A. F. **Comportamento e bem-estar de animais domésticos**. Tradução de Carla Forte Maiolino Molento. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 137.

condição que o homem já se apresenta como ser superior e sua condição cognitiva.

É o que Araújo¹⁵ diz:

[...] é que o respeito pelo bem-estar animal é um dever exclusivamente humano, e que as limitações cognitivas dos não-humanos não servem de apoio à nossa sobrançeria¹⁶ nem podem servir de pretexto à nossa indiferença pela condição animal [...].

Essa mudança de comportamento do humano para com o não humano modifica o tipo de vínculo que antes era de propriedade e agora passa a ter um valor mais sentimental, em que o homem vê no seu animal um companheiro.

É o que Berti¹⁷ comenta sobre a mudança desse comportamento do homem e animal. Diz: “A relação de propriedade dá lugar à identificação do animal como companheiro, que pode aplacar a solidão de muitas pessoas ou ser inserido nos momentos de interação da vida familiar.”

Apesar de relações completamente distintas entre o animal e seu dono e o convívio que surge dessa relação, em que o bicho deixa de viver em um ambiente de sua espécie e passa a ter um papel social, ou seja, dentro da família, por ser domesticado, essa adaptação não é fácil.

Medeiros¹⁸ comenta quanto à mudança na sociedade, no que diz respeito ao tratamento da sociedade e à nova visão que se apresenta quanto ao animal deixar de ser apenas de estimação e tornar-se uma

¹⁵ ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. 2003. Disponível em: <http://www.blook.pt/publications/publication/48e9b99742b1>. Acesso em: 30 mar. 2019. p. 216.

¹⁶ Sobrançeria: Altivez; maneiras e comportamentos de sobranceiro; modo de agir de quem se julga superior. DICIO – Dicionário online de Português. **Sobrançeria**. 2019e. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sobrançeria/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁷ BERTI, Silma Mendes; MARX NETO, E. A. **Proteção jurídica dos animais**. 2009. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/10291/7353>. Acesso em: 30 mar. 2019. p. 112.

¹⁸ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 208.

companhia e diz: “[...] é notória a alteração de comportamento social da sociedade moderna em face dos animais de estimação, ou seja, como os animais de companhia.”

Essa adaptação do animal a esse ambiente humano transforma ambos e ocorre uma afinidade do dono com o animal e o mesmo acontece do animal com o humano.

Essa alteração de comportamento no homem, que pode não se verificar no cotidiano, gerada pela afinidade com seu animal, muda a visão do seu próprio ser e, segundo Dall’Agnol¹⁹: “O animal oferece ao seu dono o espelho de uma parte sua que, de outra forma, jamais seria refletida.”

Muitos tratam o animal como membro da família e há outro ponto de análise que deve ser observado e que nos tempos atuais discute-se cada vez mais. Como deve ser, quando da dissolução de união do casal, a guarda desse animal, que faz parte da família e como se procede também a visitação? Deve ter o mesmo tratamento como se filho fosse?

Esses questionamentos serão analisados, mas, para tanto, é necessário entender como se vê a família e o que se diz quanto ao animal ser considerado membro desta.

3. Os animais são parte da família?

O entendimento legal sempre tratou animal como coisa e, portanto, sempre que este bem está inserido em um ambiente familiar, é assim que deveria ser tratado. Há, no entanto, mudanças significativas a serem analisadas, que podem evidenciar que, em muitos países, inclusive no Brasil, mudaram esse entendimento.

Ao questionar o animal como parte da família, é importante, num primeiro momento, conceituar a família, que se denomina esse ambiente

¹⁹ DALL’AGNOLL, Luciana de Sant’Anna. **Humanos e não-humanos**: o aprendizado de novas sensibilidades e responsabilidades em nossas relações de estimação. Porto Alegre: PUCRS, 2016. p. 31.

na qual o animal faz parte. Através daí, fica evidenciada em qual situação o animal pode estar inserido, para, então, discutir se o ambiente está propício para o convívio do homem com o animal. Pois, não é cabível inserir esse ser não humano em um contexto em que será maltratado e querer discutir quem deve cuidar, se no ambiente que está, não é cuidado.

3.1 Conceito de família

A família, então, é a base, é o início de tudo. De uma maneira geral, sem entrar em questões jurídicas de definição, família é a união de duas pessoas adultas que se unem para a construção de um lar, que buscam através do amor, companheirismo, cumplicidade, respeito viver em união. Através desse enfoque e com o objetivo de gerar frutos dessa união, os filhos, podem ser considerados como o resultado desse ambiente familiar.

Essa instituição milenar vem mantendo-se com o passar dos séculos. As formas de família, assim como tudo num universo de atualização constante. Antes, mais conservadora com os papéis de seus membros bem definidos, e hoje nem tão conservadora, com conceitos familiares menos hierarquizados.

Venosa²⁰, dando um conceito sobre família, diz que:

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

É na família que se observam os primeiros traços de sociedade, em que pais e filhos, vivendo naquele pequeno ambiente do lar, interagem para que regras sejam seguidas, prazos sejam cumpridos, benefícios sejam

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 6). p. 3.

dados e, principalmente, que sentimentos de amor, união, respeito, dignidade, honestidade, multiplicam-se daquele espaço para um mais amplo, que é o do mundo exterior. Nesse contexto, Pereira²¹ afirma que: “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família.”

Como agrupamento social, a formação familiar sempre existiu e é o que Farias e Rosenthal²² enfatiza: “Dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social [...]”

Quando se fala do animal já inserido nesse ambiente familiar, como membro da família, fazendo parte de todos os momentos, quando não há acordo para saber com quem o bicho deve ficar, mais um problema começa a aparecer. Começa, então, outra disputa ou decisão a ser tomada, que é a questão da guarda e da visitação do animal dentro do processo de divórcio.

Questão principal a ser analisada é que diz respeito à falta de acordo para encaminhar a questão, o que leva a uma intervenção do Judiciário.

3.2 O advento de pedidos de guarda e visitação dos animais

Quando há uma intervenção do Judiciário para resolver questões do cotidiano, entende-se que a relação entre as partes não obteve um consenso para solução de um conflito. E essa necessidade de intervenção da Justiça sobre a questão da guarda e de visitação de animais em processos de divórcio também se faz presente para que a decisão seja dada

²¹ PEREIRA, 2003 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita de avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 33.

sobre quem deve e quando deve estar com a animal, com quem ele efetivamente vai viver, os horários de visitação, enfim, como se estivesse tratando de um processo em que há um menor, uma criança.

A questão envolve muito mais que um simples animal. Para o casal que está brigando, envolve esse membro da família, que participa de tudo, que está a todos os momentos por perto. As consequências dessa decisão para o casal traz um resultado, que pode não ser o esperado pra ninguém. O encaminhamento deste imbróglio jurídico é que vai decidir sobre o futuro desse ser não humano, que sempre teve carinho de ambas as partes e agora encontra-se à mercê de uma decisão judicial.

Várias são as intenções do legislador em trazer uma regra em forma de lei para tratar do assunto, apesar de não haver nada aprovado e que possa definir o tratamento a ser dado pelo Judiciário, quando a questão é guarda e visitação de animais.

Em face de entendimento jurisprudencial, sobre decidir a quem cabe a guarda e visitação do ser não humano, quando se trata de processo de divórcio, em que o casal não consegue chegar ao entendimento e busca na justiça tal solução, o juiz, ao manifestar-se, traz a resposta para a solução, buscando o bem-estar do animal e a compreensão dos litigantes. Todavia, o animal, ainda sendo tratado como coisa, pois não há lei que mude essa configuração, pode julgar com base no Direito de Família, levando o animal a posição de um filho? Essa resposta busca-se responder no próximo capítulo.

3.3 Competência: família ou cível?

Quando se trata da relação do animal com o homem, é comum alguns donos tratem-nos como filhos, pela relação de amor, afeto, carinho, cumplicidade que possuem com seus bichos. Outros proprietários não têm

essa relação íntima, apesar de não abrirem mão da presença deles nas suas vidas.

Em se tratando de questão familiar, diz Dall’Agnoll²³: “O animal, agora tendo tratamento de familiar (ou filho), também está sujeito a disputas conjugais, em que o importante não é somente das posses materiais, mas também afetivas, em que o animal se enquadra.”

Na situação do divórcio, quando entra a disputa pelo animal e em definir com quem ele vai ficar, aqueles que já possuíam a relação familiar com o animal enaltecem seu desejo e a forma como sempre trataram, e os outros seu compromisso com o bem-estar do animal e que “não abrem mão do bichano”. Verifica-se, no entanto, que, apesar da legislação atual continuar a tratar do animal como coisa, muitas decisões sobre o tema trazem o querido ser não humano, como um filho e sua análise passa a ter um viés familiar, em que todas as questões pertinentes saem do fundo de propriedade, pelo qual deveria ser tratado o animal pelo atual Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 e trata-o como um menor, um incapaz, e que tem uma análise completamente diferenciada pelo mesmo Código Civil Brasileiro referenciado, e que, por óbvio, não poderia ser diferente. Aguiar²⁴ fala sobre a participação da Justiça nas questões que tratam da separação conjugal e do interesse do animal neste processo:

Nos casos de separação conjugal, estamos diante dos sentimentos e provável conflito de interesses do casal de tutores e do(s) animal(is) de estimação, e por obviedade, deve-se buscar que a dissolução conjugal promova as consequências mais tênues possíveis, mesmo que, para tanto, deva-se procurar o Judiciário, para resolvê-la da melhor maneira possível. Sendo

²³ DALL’AGNOLL, Luciana de Sant’Anna. **Humanos e não-humanos**: o aprendizado de novas sensibilidades e responsabilidades em nossas relações de estimação. Porto Alegre: PUCRS, 2016. p. 61.

²⁴ AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. **Direito dos animais sob aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 48.

assim, é imperioso que os operadores do Direito estejam aptos à contento, para sanar este tipo de questão.

Assim, o juiz, ao decidir sobre a questão, sai da esfera simplesmente civil e passa a esfera familiar. Como Silva²⁵ salienta:

A par da inexistência de normas legais, o magistrado deve socorrer-se à analogia para a melhor solução da demanda. Importante observar as regras relativas à guarda estabelecidas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, ao falar em guarda do animal, por ser este o sujeito vulnerável da relação em disputa, o escolhido como titular terá as mesmas imposições do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, prestar ao animal toda a assistência necessária.

O juiz busca decidir, além dos elementos do Direito de Família, e traz como o bem-estar ao animal um pressuposto à sua decisão, leva em consideração inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Essa análise, tratando o animal como familiar e incluindo-o como criança, pode trazer uma evidente mudança de direção no Judiciário, que sempre tratou do ser não humano como coisa e decisões são dadas nesse sentido. Antes dessa nova percepção, o Judiciário tinha que buscar outras formas para analisar o caso concreto. É o que demonstra Valle²⁶:

Apesar de o afeto nortear os vínculos dos animais e seus donos, não há legislação para amparar os animais de estimação após o fim do casamento ou da união estável. Questões como cuidados essenciais e o direito de convivência com ambos os responsáveis pelos animais não encontram respaldo no Código

²⁵ AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. **Direito dos animais sob aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 107.

²⁶ VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabel Ferreira. A guarda dos animais de estimação no divórcio. **ABDC - Academia Brasileira de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-23. 2018. p. 8. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22/18>. Acesso em: 19 abr. 2019. p. 2.

Civil, fator que exige do operador de direito a utilização de técnicas de interpretação como a analogia na resolução dos conflitos.

O parâmetro sempre atacado pelo julgador, analisando situações de divórcio ou dissolução conjugal, incluindo um ser não humano no julgamento de quem deve ou não ficar com o animal, é de fechar as lacunas, quando a lei não trata o tema. A realidade de cada caso, as novas convergências jurídicas sobre o tema, visam esclarecer e quem sabe trazer nova postura para julgar questões que, anteriormente, eram vistas muito mais na escala cível e hoje também familiar.

O entendimento do juiz e sua percepção sobre quem deve ficar com o animal mostra-se, por muitas vezes, que pode não ser o melhor para a busca do entendimento do casal que está se desfazendo e tão pouco para o animal, na busca de seu bem-estar. Sem legislação específica sobre o tema, Chaves²⁷ esclarece:

Nesse panorama lacunoso, constata-se uma área emergente do direito que, definitivamente, não possui padrões ou resultados definitivos ou sequer presumíveis. O assunto vem ganhando atenção judicial, o crescente número de demandas e a ausência de cânones orientadores evidenciam a emergência de regulamentação, sob pena de chancela de decisões arbitrárias, com fundamentos aleatórios e inconsistentes e, quiçá, injustas.

Em se tratando da realidade brasileira, continua sendo tratado como um bem em muitos casos e, portanto, devem ser tratados dessa forma, quando há uma decisão judicial a respeito. Não pode buscar solução sem o embasamento jurídico que o dê credibilidade e respaldo na decisão. E

²⁷ CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?** 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4066/2788>. Acesso em: 19 abr. 2019. p. 18.

decisões judiciais são baseadas num âmbito cível e não familiar do animal. Fodor²⁸ traz uma percepção a respeito:

O animal, mesmo que dentro de uma concepção ainda bastante antropocêntrica, enquanto classificado como um bem fundamental do homem, tem acesso a um certo nível de proteção e respeito, representando o primeiro passo de uma reformulação do direito ambiental pátrio. Em contrapartida, associar um ser vivo à noção de bem e propriedade representa um pensamento que não se coaduna mais com o momento atual do Direito Brasileiro, mas que ainda se encontra expresso na legislação.

A mudança da jurisprudência, para trazer mais clareza e resposta objetiva nas questões que envolvem garantir o direitos dos animais, com sua posição seja como familiar, seja como continuar sendo apenas um bem semovente, é determinante para moldar e efetivar as decisões com a positividade que precisa, sem manter obscuridades, decisões mal elaboradas pela lacuna do Direito, o que leva a trazer descontentamento de todas as partes, inclusive do juiz, que deve basear sua decisão no seu mero entendimento que, por mais relevante que seja para o processo, não é primeiro balizador a ser analisado, e sim a lei que respalda a decisão.

3.4 Direito animal e o direito comparado

A mudança no comportamento, no que diz respeito ao tratamento com o animal e nas suas relações com o homem, mostra-se mais clara em todas as sociedades, de forma global, pode-se dizer. Esse ser não humano está deixando de ter e ser um papel apenas de bem, de propriedade e passar a ter uma alteração na sua posição jurídica. Muitos países, visando

²⁸ FODOR, Amanda Cesario. **A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20-%20-%20-%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o-humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019. p. 43.

garantir esse novo enfoque, quando se fala do animal e sua participação social, como ser de sentimentos, de sua importância para o ser humano e para o ambiente familiar, traz o animal em um nível mais alto dentro de diversas sociedades.

Dentro da lei portuguesa, já há determinação que sejam levados em consideração, além dos interesses dos membros da família, o bem-estar do animal. Relevante essa determinação legal portuguesa, pois o artigo está no Código Civil Português, no capítulo da família, trazendo uma conceituação ao animal de membro efetivo desse ambiente familiar e não mais de coisa ou propriedade.

Ferreira²⁹ diz sobre o direito animal em Portugal:

O Direito Animal é, em Portugal, um Direito jovem, que se tem imposto, sobretudo, pelas piores razões: a tomada de consciência da complexidade dos animais, enquanto indivíduos com valor próprio; a percepção do sofrimento atroz e desnecessário (indigno, mesmo) que lhes temos causado, ao longo de séculos, aos mais variados níveis; a noção do impacto que tem a forma como os tratamos, tanto para os humanos (física e psicologicamente), como para o ambiente; entre outras. Temas que têm sido alvo de discussão, ao longo de vários anos, começam a atingir, finalmente, um lugar na vida jurídica das sociedades.

A mudança de status do animal, principalmente, pelo tratamento que está sofrendo com o passar dos anos, traz uma mudança do pensamento da sociedade, a ponto de a lei já ter sido modificada para deixá-lo mais próximo do homem, como um indivíduo de valor.

Essas alterações de comportamento, convergem para uma mesma direção, para tratar o animal como um indivíduo que não pode ser tratado

²⁹ FERREIRA, Cátia Sofia Gomes. **Direito (do) animal**: bem jurídico tutelado na constituição da república portuguesa? 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0349_0363.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019. p. 356.

apenas como simples coisa e sim como ser que merece ser alçado a um nível familiar e, quando disputas pela guarda são trazidas ao nível judicial, muitos países buscam o bem-estar deste ser não humano. E colocá-lo num ambiente saudável é também trazer uma certa estabilidade familiar, quando se decide pela questão da guarda e visitação desse ser.

No que diz respeito ao direito alemão, a regulação estatal é feita através de seu status constitucional através do artigo 20, a) chamada de “pequena solução”³⁰ quando da sua alteração em 2002:

Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais. Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário.

Goulart³¹ aborda que a lei de Proteção Animal dá a devida proteção ao animal em face do mecanismo constitucional não o fazer:

A cláusula constitucional não dá direitos aos animais, segundo os comentadores alemães. O que ela faz é impossibilitar a não aplicação da Lei de Proteção Animal alemã (tierschutzgesetz) em face de uma possível limitação constitucional, ou seja, dá à proteção animal um status constitucional. [...] A tierschutzgesetz parece ser a disposição mais importante sobre o tema no direito alemão. Ela reconhece a proteção da vida e do bem-estar dos animais.

Já no artigo 90 A do seu Código Civil Alemão, o animal é tratado como não coisa e há uma proteção estatal por regulações especiais. Diz tal

³⁰ CASPAR, GEISSEN, 2008 apud GOULART, Guilherme Damásio. A propriedade de animais em perspectiva comparada: direito brasileiro, alemão, francês e português. In: MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito privado comparado**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 332. (tradução livre).

³¹ GOULART, Guilherme Damásio. A propriedade de animais em perspectiva comparada: direito brasileiro, alemão, francês e português. In: MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito privado comparado**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 332-333.

artigo³²: “Animais não são coisas. Eles são protegidos por estatutos especiais. Eles são regidos pelas provisões que se aplicam às coisas, com as modificações necessárias, exceto na medida em que de outra forma estipulado.”

Na Alemanha, quando se fala da relação do animal com sua família e possíveis questões relacionadas à divórcio, há um entendimento de que o bem-estar animal é primordial e o casal deve levar este ponto sempre em consideração, independente da vontade de cada um:

No entanto, a questão de quem é permitido ao cão viver permanentemente ou se o outro cônjuge tem o chamado direito de acesso não está expressamente regulamentado [...] por contrato de compra, passaporte animal, etc., fica claro que o animal é designado para esse cônjuge. No entanto, deve sempre ser lembrado que pode haver relações emocionais muito fortes entre os seres humanos e os animais, e que o cão está certamente em melhores mãos com o cônjuge que cuidou dele em primeiro lugar. Se o cão foi adquirido em conjunto durante o casamento, o cão conta de acordo com § 1361 um BGB para os efeitos domésticos conjunta dos cônjuges. Em uma separação e divórcio a casa é compartilhada, incluindo, como já mostrado acima, os animais de estimação caem. Para o benefício do animal, o casal deve concordar com o paradeiro do cão. Isso pode ser registrado notarialmente em um acordo sequencial de separação e divórcio. Basicamente, não há direito de contato com o cão, como é comum em crianças³³.

³² “Animals are not things. They are protected by special statutes. They are governed by the provisions that apply to things, with the necessary modifications, except insofar as otherwise provided.” (tradução livre). ALEMANHA. **German civil code**. 2014. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 20.

³³ “Nicht ausdrücklich geregelt ist allerdings die Frage, bei wem der Hund dauerhaft leben darf oder ob der andere Ehepartner ein sogenanntes Umgangsrecht hat [...] durch Kaufvertrag, Tierpass, etc., steht fest, dass das Tier diesem Ehepartner zuzuordnen ist. Es sollte jedoch immer berücksichtigt werden, dass es zwischen Menschen und Tieren zu sehr starken emotionalen Beziehungen kommen kann und dass der Hund sicherlich bei dem Ehepartner besser aufgehoben ist, der sich in erster Linie um ihn gekümmert hat. Ist der Hund während der Ehe gemeinsam angeschafft worden, zählt der Hund nach § 1361 a BGB zu dem gemeinsam angeschafften Hausrat der Eheleute. Bei einer Trennung und Scheidung wird der Hausrat geteilt, worunter, wie oben bereits dargestellt, auch die Haustiere fallen. Zum Wohle des Tieres sollten sich die Eheleute über den Verbleib des Hundes einigen. Dies kann in einer sogenannten Trennungs- und Ehescheidungsfolgenvereinbarung notariell festgehalten werden. Grundsätzlich gibt es kein Umgangsrecht mit dem Hund, wie es bei Kindern üblich ist.” (tradução livre). SCHEIDUNG.ORG. **Wem gehört der hund bei scheidung?** 2016. Disponível em: <http://www.scheidung.org/hund/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Quanto ao direito americano, já havia uma interpretação de alguns juízes³⁴ naquele país de que o bem-estar do animal devia ser levado em consideração, quando se analisa leituras do início desta década, trazendo o tratamento dado a crianças na analogia para o tratamento aos animais em processos de divórcio e determinação da guarda:

Um número crescente de tribunais de família norte-americanos está se movendo no sentido de reconhecer os interesses dos animais de companhia na resolução de disputas, mesmo que os animais de estimação da família continuem a ser considerados propriedade. Alguns Tribunais de família norte-americanos, exercendo sua ampla discricionariedade para ordens de propriedade "justas e equitativas" foram levadas em conta fatores como aqueles usados na determinação de disputas parentais sobre crianças. É importante ressaltar que o bem-estar tem sido tradicionalmente usado para determinar os melhores arranjos pós-separação para crianças, tais como os princípios do status quo e do cuidador principal, foram aplicados resolver litígios em matéria de mascotes que se poderia argumentar que os interesses do animais de companhia foram, na verdade, fatores determinantes.

Enfim, olhando as diversas alterações em dispositivos de alguns países, verifica-se essa preocupação em colocar o animal em uma realidade diferente da que vinha sendo tratada até o momento. Em que pese, não sair em muitos casos de seu *status* de coisa, e propriedade, alterou-se a

³⁴A growing number of North American family courts are tentatively moving towards recognising the interests of companion animals in resolving pet disputes, even though family pets continue to be regarded as property. Some North American family courts, in exercising their wide discretion to make 'just and equitable' property orders, have been taking into account similar factors as those used in the determination of parenting disputes over human children. Importantly, welfare considerations that traditionally have been used in determining the best post-separation arrangements for children, such as the status quo and primary caregiver principles, have been applied to resolve pet disputes such that it could be argued that the interests of the companion animals were actually determinative factors." (tradução livre). BOGDANOSKI, Tony. Towards an Animal-Friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law's Forgotten Family Members. *Griffith Law Review*, v. 19, n. 2, p. 197-237. 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1694977>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 214.

maneira de tratar esse ser não humano, para uma nova percepção social. É o que diz Goulart³⁵:

As modificações dos ordenamentos francês, alemão e, principalmente o português, indicam a possibilidade dos animais ainda serem objeto do direito de propriedade. Claro que não se trata do mesmo tipo de direito de propriedade de coisas físicas, mas um tipo novo: a propriedade de seres sencientes. A amplitude de deveres vistas nos ordenamentos analisados coloca os animais em situações jurídicas específicas, com o consequente comprometimento de seus donos a se comportarem no caminho da proteção, cuidado e manutenção do seu bem-estar.

Estas alterações de conceituação do tratamento do animal e, com isto, uma alteração dos tribunais quando da tomada de decisão frente aos processos de divórcio, em que este ser não humano é o ator principal desta lide jurídica, demonstra a necessidade de criar lei específica para tratar o assunto. Os processos que necessitam desse tratamento jurisprudencial, tendem a ser menos lacunosos, quando a lei específica o trata. A objetividade da lei, mesmo o animal sendo tratado como coisa em muitas sociedades, mas tendo essa conotação de ser senciente, que merece pela sua situação, já tratada como familiar, permite a invocação de um tratamento diferenciado, que uma lei específica pode estabelecer.

Conclusão

As mudanças visam melhorar o que se apresenta ao homem. Buscar novas soluções para atingir um futuro melhor, com novos paradigmas, novas formas de ver vida. Quando se fala do animal e, em tudo que se descobriu a respeito desse ser não humano, não pode ser diferente. A

³⁵ GOULART, Guilherme Damásio. A propriedade de animais em perspectiva comparada: direto brasileiro, alemão, francês e português. In: MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito privado comparado**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 337.

mudança na forma de ver o animal no mundo mudou consideravelmente e, por isso, a necessidade de mudar a percepção deste na vida das pessoas, seja no ecossistema, no dia a dia, e, por que não, principalmente na análise jurídica de amparar a relação do homem e do animal.

Na história da humanidade, o animal sempre esteve colocado como um ser de utilidade econômica, pois o objetivo do homem era de obter rendimentos, seja através do comércio de tudo que um animal pode oferecer com relação a alimentos, seja como meio de transporte e carga, na utilização para pesquisas científicas, como guarda e proteção, e também como parceiro, para aqueles que buscam no animal um ser de estimação, com que possa conviver e com o qual se cria um vínculo de amizade.

E, portanto, ao tratar do animal de estimação, a mudança deve ser ainda mais consistente. Principalmente, pelo fato deste em especial estar no centro de diversas disputas judiciais, quando se trata de situações de guarda e visitação em processos de divórcio. Isso porque o Direito Brasileiro coloca o animal como uma coisa, um objeto, um bem e, portanto, tendo esse tratamento, não cabe situá-lo quando há decisão sobre o direito de guarda e visitação em processos de divórcio, como se um filho fosse e, portanto, propriedade e copropriedade devem ser mantidas, relacionado às varas cíveis e não de família. Muitos entendimentos jurisprudenciais classificam o animal como coisas, como seres semoventes e que, apesar da relação de afetividade com seus donos, não há motivo para aceitá-los como outro ser que não coisa, pois o Direito Civil assim o classifica. Essa é a lei adotada no Brasil e, apesar de estar em andamento projeto de lei buscando alterar e regular essa nova relação entre o animal de estimação e o homem, ainda não se tem modificação legal que permita alterar a condição atual do animal.

Outra análise entre o animal de estimação e o homem traz referências externas, em se tratando de legislação no Direito Comparado. Regras de

diversos países estão sendo alteradas para dar ao animal um enquadramento ainda subalterno, mas modificando a sua relação com seu dono, podendo trazer-lhe uma evidência diferente da atual, o que permite, nesses países, alterar a situação do animal de estimação e trazê-lo mais próximo do Direito de Família. Com uma possível aprovação de projeto de lei relativo ao assunto, objetiva-se garantir o bem-estar do animal, quando o tema trata da relação deste com seus donos e estes vêm a divorciar-se ou interromper a relação de união estável. As mudanças projetadas nada mais são do que a atualização daquilo que se vive hoje.

Entender essa nova relação do animal com o homem e a visão que se tem dele no mundo significa dizer que o animal faz parte de uma nova sociedade, que zela pelo seu interesse como ser vivo e pelo seu bem-estar, diferente da visão de sempre preconizada, na qual este deveria ter uma razão econômica para com o homem. Quando o animal é colocado em um ambiente familiar, foi determinado por seus donos, que veem o animal não como um simples “ser de quatro patas”, mas como um ser diferente, em virtude dos sentimentos que nutrem pelo bicho. Essa relação, quando não existe uma atualização nas leis para dar entendimento e direcionar os tribunais a respeito, deve ser a base para a tomada de decisão, ao se estabelecer o procedimento para determinar quem deve ou não ficar com o animal e sua guarda e visitação em processos de desenlace conjugal.

Mas, já se observam alterações legais para tratar os animais de estimação e não se cogita a questão dos maus-tratos sofridos, pois isso já é questão consolidada aqui, para punir quem, de alguma forma, causa qualquer dano físico ao animal. A modificação diz respeito a permitir que se trate o animal de estimação como membro familiar e, quando se discute a guarda e visitação deste, deve-se dar o mesmo tratamento a um filho ou adolescente, pois, como membro familiar, o cuidado que se dá um menor incapaz ou até mesmo adolescente é no sentido de buscar o melhor, de

trazer um ambiente propício, que permita garantir o bem-estar daquele que quer se proteger.

Portanto, no atual momento social, quando se aborda a questão do divórcio e a guarda e visitação de animais, é pertinente dizer que os animais são parte da família. Não é legalmente claro tal apontamento, pois a regulação jurídica está pendente de efetivação. Mas doutrinadores e jurisprudências já veem essa possibilidade pela diferença que o animal de estimação faz na vida das pessoas que têm o privilégio de conviver com eles no seio familiar, como membros da família, como filhos que necessitam de carinho e proteção e pelas mesmas demonstrações que de carinho, afetividade, até mesmo cuidado, tem com seus donos. Quando estes, disputam pelo direito de visita ou guarda de um animal, estão buscando garantir um direito que buscariam a um filho e, portanto, nada como garantir o cumprimento dos direitos garantidos por lei a um membro da família.

Isso é o que se espera de uma sociedade que busca evoluir. Dar condições e estabelecer direitos àqueles que estão em posição desfavorável. Deve acontecer com o ser humano, em buscar o melhor para o seu igual e deve acontecer com os animais, que são de estimação, mas tratados como iguais, perante seus donos.

Referencias

AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. **Direito dos animais sob aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

ALEMANHA. **German civil code**. 2014. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. 2003. Disponível em: <http://www.blook.pt/publications/publication/48e9b99742b1>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BERTI, Silma Mendes; MARX NETO, E. A. **Proteção jurídica dos animais**. 2009. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/10291/7353>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BROOM, D. M.; FRASIER, A. F. **Comportamento e bem-estar de animais domésticos**. Tradução de Carla Forte Maiolino Molento. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2010.

CASPAR, Johannes; GEISSEN, Martin. O artigo 20a da lei fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (org.) **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?** 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4066/2788>. Acesso em: 19 abr. 2019.

DALL'AGNOLL, Luciana de Sant'Anna. **Humanos e não-humanos: o aprendizado de novas sensibilidades e responsabilidades em nossas relações de estimação**. Porto Alegre: PUCRS, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Cátia Sofia Gomes. **Direito (do) animal: bem jurídico tutelado na constituição da república portuguesa?** 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0349_0363.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

FODOR, Amanda Cesario. **A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20>

%20-%20%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o%20humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADico%20brasileiro.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

GOULART, Guilherme Damásio. A propriedade de animais em perspectiva comparada: direito brasileiro, alemão, francês e português. In: MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito privado comparado**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Instituições de direito civil: direitos reais** – Vol. IV. 26. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **1942 – Direito das coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCHEIDUNG.ORG. **Wem gehört der hund bei scheidung?** 2016. Disponível em: <http://www.scheidung.org/hund/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SUIPA – Sociedade União Internacional Protetora dos Animais. **Direito internacional e direito comparado. BRASIL. Declaração Universal Dos Direitos Dos Animais. Proclamada pela Unesco em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978. Disponível em:** https://www.suiipa.org.br/index.asp?pg=leis_detalhes.asp&id=19. **Acesso em: 21 mar. 2019.**

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil - volume único. 8. ed.** São Paulo: Método, 2017.

VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabel Ferreira. A guarda dos animais de estimação no divórcio. ABDC – Academia Brasileira de Direito Civil, v. 3, n. 2, p. 1-

23. 2018. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22/18>.

Acesso em: 24 mar. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **1945 - Código civil comentado**: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos 1.196 a 1.368, volume XII. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 6).

Direito dos animais: uma análise acerca do status jurídico do animal não-humano e suas conquistas no ordenamento jurídico brasileiro

*Jhenifer Martins Cardoso*¹
*Mariana Menna Barreto Azambuja*²

1. Introdução:

Desde os primórdios da humanidade, indiferentemente de qualquer religião, o animal humano (homem) convive com outros seres vivos, nos quais os denominados de animais não-humanos.

Com o passar dos tempos, conforme o homem foi evoluindo, este adotou uma relação hierárquica com os animais, diminuindo-os, utilizando-os para experimentos, alimentação, trabalho escravo, dentre outras maneiras.

Essas atitudes geraram uma visão antropocêntrica no ser humano, pois, este achava que, ele sendo o centro do universo, as demais espécies deveriam se curvar diante dele. Essa atitude também se deu em relação aos negros e às mulheres.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, entraram em vigor diversas leis federais, estaduais e municipais, que visaram à proteção da fauna e da flora, bem como, principalmente, a fim de amenizar os maus-tratos e abusos com os animais.

É de suma importância analisar que há diversos julgados no Brasil a respeito dos animais no âmbito familiar, bem como, em relação aos maus-

¹ Graduada em direito pelo Centro Universitário do Cesuca.

² Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Professora e Coordenadora Acadêmica no Centro Universitário CESUCA. Orientadora do presente artigo.

tratos e práticas que levem os animais à crueldade, como, por exemplo, a farra do boi.

Tais julgamento e debates sobre o assunto são extremamente relevantes, tendo em vista as mudanças no ordenamento jurídico, que se adapta a atual sociedade, ou seja, ao passar dos anos, os animais humanos criaram vínculos emocionais com os animais não-humanos, fazendo com que estes, subliminarmente, “percam” o título de coisas, constituindo assim, consciência nos humanos em relação as suas ações.

2. Histórico e correntes doutrinárias:

2.1 A dominação dos animais não-humanos pelos humanos.

Formado há cerca de 4,5 bilhões de anos, o lar da humanidade é indivisível e composto principalmente por rocha e metal, chamado Planeta Terra, no qual somente os 3,5 bilhões de anos surgiu a vida com os primeiros organismos vivos. Há 2 milhões, descobriu-se na África o primeiro fóssil do ancestral da espécie humana, o *Homo Habilis*. Dos fósseis datados de aproximadamente 1 milhão de anos, surgiu o *Homo erectus* com características da postura ereta e a modificação da capacidade craniana³.

Desde os primórdios da humanidade, animais e homens convivem juntos, buscando seu espaço na terra, todavia, antes de 8.000 a.C., conhecido como período Paleolítico⁴ (Idade da pedra lascada), o homem descobriu como manusear os materiais finitos que estavam a seu dispor. Com a descoberta do fogo e das armas de caça, o animal humano descobriu que poderia haver uma hierarquia entre si e os demais habitantes de seu planeta.

Com as armas outrora descobertas, deu-se início a prática da caça, a fim de obter vestuário e alimentos. O homem, desde o princípio tornou-se

³ RODRIGUES, Danielle Tetti. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª Edição. 4ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, ano 2012, p. 29.

⁴ SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo. **História**: vol. único, 1ª Edição. São Paulo: Editora Ática, ano 2005, p.14.

um ser antropocêntrico, visando apenas o seu bem-estar, sendo assim, nossos antepassados acabaram caçando tanto algumas espécies que viviam naquela época, a fim de satisfazer suas necessidades, que geraram a extinção em massa de diversas espécies, tal como exemplo, podemos utilizar o famoso mamute⁵.

No entanto, os grandes prejuízos gerados pelos humanos aos animais não-humanos, ocorreram na revolução industrial, em meados do século XX, em decorrência da grande poluição gerada pelas máquinas industriais.

O grande desenvolvimento das indústrias e a nova atividade humana tiveram grande influência na alteração ambiental e notoriamente na climática, vez que a conglomeração das sociedades nos centros urbanos e a poluição atmosférica provocaram desencadeante fator de inversões térmicas⁶.

Fator esse, que gerou a extinção em massa de diversas espécies, pois, em decorrência da poluição e da matança, os animais, muitas vezes, tinham de sair de seus *habitats* naturais e adentrar nas cidades por falta de alimento, sendo assim, massacrados quando chegavam às metrópoles⁷.

Por fim, se pode perceber que a nossa sociedade, como acima aludido, desde os primórdios da humanidade, quando descobriu que poderia usar os animais como seus “escravos”, foi criada em cima de ensinamentos e pensamentos antropocentristas, onde o homem, sempre preferiu acreditar que era o dono do universo, excluindo, menosprezando e inferiorizando as demais espécies que nos cercam.

⁵ Disponível em :<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/extincao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁶ RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, ano 2012, p. 41.

⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2016/07/falta-de-habitat-leva-animais-silvestres-zona-urbana-de-uberlandia.html>. Acesso em: 13 maio 2019.

2.2 Intervenções práticas em prol dos animais:

Cabe abordar no presente tópico os três maiores revolucionistas em questão da proteção animal, quais sejam, Jeremy Bentham, Peter Singer e Tom Regan.

Bentham defendia que ética somente existia a partir do instante em que os princípios da consideração moral eram estendidos a aqueles que possuem sensiência, ou seja, todos aqueles que sentem dor, frio, fome, amor, prazer, dentre outros, nascendo assim a teoria utilitarista, que assegura que o nosso dever moral com os animais está no limite da sensiência, devendo, no caso da dor ser causada, que essa sirva com efeito ao bem comum⁸.

Ademais, o filósofo alegava que havia o princípio da valoração, assim, ao relacionar-se com alguém, deveria ponderar os prós e contras, em cada modo de fazer ou não fazer determinado ato, sendo que este deveria resultar sempre aquele que dará maior prazer ao indivíduo.

Se os animais são capazes de sofrer, este sofrimento deve ser considerado como fator de consideração moral. É a capacidade de ser senciente que introduz e desencadeia o trato moral, ético para com os animais não-humanos, devendo ser afastados os critérios relativos a capacidade de raciocinar e de falar⁹.

Ou seja, Jeremy Bentham defendia que a dor deveria ser sopesada, assim, em caso de testes ou escravidão animal, os mesmos deveriam ser utilizados com veemência, pois, em que pese os animais sentissem dor, os testes ou a vivissecação dos animais, buscavam a cura de doenças para a maioria das pessoas, assim, tais práticas deveriam ser suportadas, nascendo assim, a corrente “bem-estarista”.

⁸ MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, ano 2014, p. 17.

⁹ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 70.

Já, a primeira grande corrente em prol do direito dos animais, está fundamentada nas lições de Peter Singer, o qual apresenta ao mundo o movimento de libertação animal.

Em sua obra “Libertação Animal”, de 1975, ele retrata a “tirania” dos animais humanos sobre os animais não-humanos.

Esta tirania provocou e provoca ainda hoje dor e sofrimento só comparáveis àqueles resultantes de séculos de tirania dos humanos brancos sobre os humanos negros. A luta contra esta tirania é uma luta tão importante quanto qualquer outra das causas morais e sociais que foram defendidas em anos recentes”¹⁰.

Para Singer, os animais deveriam ser preservados moralmente e fisicamente, devendo-se repelir quaisquer pensamentos que ferissem tal premissa.

Em seu livro, Singer trata que, em princípio, o movimento de libertação animal começou com o feminismo, fazendo comparações entre ambos os movimentos, tão sofridos na sociedade em que o autor viveu.

O mesmo questionava o porquê a busca de igualdade, tão almejada pelas mulheres daquela época, não poderia também ser aplicada aos animais? No entanto, o mesmo responde que era um absurdo questionar a ocorrência dos animais (bestas) terem direitos¹¹.

Conforme os anos iam se passando, os ensinamentos de Singer iam tomando força, e assim, colaborou para a efetivação de votações de projetos de lei, bem como, para maior efetividade dos projetos que já vigoravam em diversos países.

¹⁰ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler. Ed.rev.- Porto Alegre, São Paulo: Editora Lugano, 2004. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6628411/libertacao-animal-peter-singer>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹¹ Idem, ibidem.

[...] o Lord Erskine, que colaborou na formação de um primeiro projeto de lei contra a crueldade aos animais. Em seguida, em meados de 1822, Richard Martin apresenta também outro projeto que suscita um tratamento humanitário para os animais, ressaltando neste instrumento que a propriedade devia ser protegida mesmo contra a vontade do seu titular, era a lei que tornava criminoso maltratar gratuitamente certos animais domésticos¹².

Para garantir a aplicação dessa lei, foi criada a instituição *Royal Society for the prevention of Cruelty to Animals*¹³, que existe até os dias de hoje, em diversos países, tal como Escócia, Irlanda, Estados Unidos e Nova Zelândia.

A instituição acima mencionada abriu precedentes para a abertura e luta de melhorias para os animais em diversos outros países do mundo, como por exemplo, nos Estados Unidos, país pioneiro da defesa do bem-estar animal. Este criou em 1866 a instituição *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*¹⁴; como na França em 1845 a instituição *Société Protectrice des Animaux*¹⁵.

Assim, ao decorrer dos anos, consideráveis debates acerca dos “direitos dos animais” iam gerando conteúdos, a fim de tornar aquilo uma realidade, todavia, tais embates eram acerca da “humanização” dos animais, para que estes não tivessem tratamentos cruéis.

Nessa mesma linha, surge Tom Regan, autor do livro “Jaulas Vazias¹⁶”. Regan, assim como Francione, faz com que a sociedade reflita

¹² FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 72.

¹³ Tradução livre: Sociedade Real para a Prevenção da Crueldade contra os Animais.

¹⁴ Tradução livre: Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade aos Animais.

¹⁵ MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, ano 2014, p. 20. Tradução livre: Sociedade para a Proteção de Animais.

¹⁶ REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. TRADUÇÃO: Porto Alegre: Editora Lugano, ano 2006.

sobre a “esquizofrenia” moral, bem como, faz com que se enxergue friamente o especismo em algumas regiões mundiais.

Regan abre os olhos da sociedade moderna, pois faz parte desse novo grupo, denominado direito dos animais, onde ele, em suas obras, claramente reivindica o tratamento ofertado aos animais, e também afronta a sociedade demonstrando que os animais são passíveis de terem direitos.

2.3 Proteção aos animais no Brasil:

No Brasil, a fundação da Uipa (União Internacional de Proteção Animal) marca o início das primeiras declarações sobre proteção ao mundo animal, sendo que esta tentava dar respostas aos problemas gerados pelos maus-tratos em âmbito nacional.

Fundada em maio de 1895, esta foi formada em virtude das vertentes bem-estaristas, que estavam se desenvolvendo nos Estados Unidos e na Europa.

Entretanto, foi apenas em 1886 que houve a primeira lei de proteção, quando na capital Paulista, determinada lei municipal aduzia que, àquela época, era proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água¹⁷, dentre outras maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados¹⁸, ou seja, em que pese à população tivesse um pouco de sensibilidade, de qualquer forma, as práticas de maus-tratos não foram proibidas, apenas amenizadas. Destarte, para a época, foi um grande passo para a proteção animal.

Já nos anos 20, foi promulgado o Decreto 14.529, que foi a primeira lei de âmbito nacional de proteção aos animais, que regulava o

¹⁷ Tonéis que continham água. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/pipa/>. Acesso em: 13 maio 2019.

¹⁸ LEVAL, Fernando Laerte. **Direito dos animais**. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, ano 2004, p. 569.

funcionamento de casas de diversão, proibindo o abate de animais para divertimento¹⁹.

Quatorze anos depois, foi promulgado o Decreto 24.645, instituída por Getúlio Vargas, qual definia trinta e uma práticas humanas que poderiam ser consideradas maus-tratos aos animais²⁰.

Em 1941, é promulgado o Decreto Lei 3.688, tipificando as condutas criminosas em prol dos animais.

Em 1978, foi apresentado ao mundo a Declaração Universal do Direito dos Animais, proclamada pela Unesco em 27 de Janeiro do acima decorrente, da qual o Brasil é signatário, apresenta uma filosofia, que reconhece o valor da vida dos demais seres vivos, propondo assim, um estilo de conduta mais humanizada e respeitosa com a dignidade dos animais não-humanos²¹.

Esse documento é um convite para o homem renunciar à sua atual conduta de exploração dos animais, e progressivamente, ao seu modo de vida ao antropocentrismo, para ir de encontro do biocentrismo. Por essa razão, representa uma etapa importante na história da evolução do homem²².

Todavia, foi com o advento da Constituição Federal de 1988, a considerada Constituição Cidadã, que foram trazidas à tona preocupações a respeito do ambiente natural, as quais serão mais bem introduzidas no próximo capítulo.

As Constituições anteriores traziam consigo preocupações, contudo, em relação às riquezas do subsolo, uso das usinas hidroelétricas, dentre

¹⁹ MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, ano 2014, p. 23.

²⁰ RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, ano 2012, p. 65.

²¹ MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, ano 2014, p. 31.

²² DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, ano 2000, p. 333.

outras, que não previam expressamente a proteção do meio ambiente, mas sim, o mau que poderia gerar ao ser humano, se houvesse a degradação desses bens.

Indo ao encontro da Constituição Federal, em 1998 a Lei 9.605 definiu os tipos de crimes ambientais, bem como, introduz direitos básicos á estes.

O interessante da Lei 9.605/98 é a sua não diferenciação entre os animais, tratando a fauna como um todo igualmente, não fazendo com que a proteção se restrinja apenas aos animais silvestres, ou tampouco aos animais domésticos²³.

Isto posto, pode-se ver que ao decorrer dos séculos os humanos foram tomando sensibilidade com os animais. No Brasil, em que pese ter sido tardia essa visão, depois das primeiras declarações, foi visto que os animais precisavam de uma proteção direta.

Nada obstante, após a promulgação da Constituição de 1988, diversas leis municipais e estaduais tomaram rumo em direção à proteção dos animais. Abaixo serão citadas algumas leis, vigentes em todo território nacional, para demonstrar que o Brasil, em que pese tenha demorado muito a adentrar no âmbito da proteção animal, vêm melhorando ao passar dos anos, tais como, o Decreto 24.645/ 34 – Lei Getúlio Vargas, Lei Federal número 11.794/08 – Lei Arouca – Normas para pesquisas com Animais, Portaria 117/97 – IBAMA – Compra e venda de animais silvestres, Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, dentre outras.

Por fim, não podemos deixar de fora a Lei 14.064/2020 (Lei Sansão), qual prevê o aumento da pena de 02 a 05 anos de reclusão, mais multa, para quem cometer maus-tratos a cães e gatos. Modificações estas que demonstram evolução na proteção dos animais no Brasil.

²³ CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. **Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro**. Monografia publicada pela PUCRS, ano 2017, p. 22. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31440/31440.PDF>. Acesso em: 15 fev. 2019.

3. A proteção da natureza e dos animais não-humanos sob a óptica da constituição cidadã:

Diante da linha histórica descrita no primeiro capítulo, fica claro que as demais constituições não positivaram em suas normas legais a proteção ambiental ou animal como na Constituição Federal de 1988.

Assim, apesar de existirem correntes favoráveis a proteção dos animais, pelo menos no Brasil, a proteção a favor dos animais apenas tomou força a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual elevou a proteção animal a um *status* constitucional, mais precisamente em seu artigo 225, §1º, inciso VII:

[...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [...]

Destarte, aduz Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros²⁴ que foi imposto ao legislador trazer e dar vida no ordenamento jurídico normas de proteção ambiental, incluindo assim, o mesmo como bem jurídico.

Os elementos do meio ambiente abrangem o solo, a fauna, flora, as águas, bem como, outras riquezas naturais. A preocupação do legislador em aplicar a presente norma no texto constitucional deu-se início, pois, fora claramente percebido pelo governo que as nossas ações (humanas) estavam destruindo grande parte da natureza de nosso país e do mundo²⁵.

A proteção ao meio ambiente é adotada pela tutela de interesses difusos, sendo assim, de terceira dimensão. Segundo Paulo Bonavides, a presente dimensão tem “primeiro por destinatário o gênero humano

²⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **A esquizofrenia moral e o dever fundamental de proteção ao animal não-humano**. 10º Vol. Revista Brasileira de Direito Animal: Editora Thomson Reuters, ano 2012, p. 50.

²⁵ SOUZA, Motaury Ciochetti de. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013, p. 13.

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”²⁶.

Destarte, a presente Constituição fora um divisor de águas²⁷ para a história do direito ambiental e da proteção da flora e da fauna no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese a mesma visar maior proteção à flora, esta não deixa de lado os animais, protegendo estes da crueldade.

Entretanto, o preceito constitucional pode ser compreendido numa outra perspectiva. Neste olhar, a proibição de se produzir crueldades contra os animais está a garantir um mínimo de tutelas cujo centro é a integridade física dos animais. Este núcleo está para além de qualquer valor moral. [...] As garantias jurídicas destinadas à preservação da função ecológica da flora e os direitos dos animais não são apenas uma manifestação de piedade ou uma afirmação do refinamento “espiritual” humano. As garantias têm como pressuposto que a integridade física do animal é condição do equilíbrio ambiental e um valor em si²⁸.

O presente dispositivo constitucional conta com vinte e dois artigos, os quais, direta ou indiretamente, garantem proteção constitucional ao bem comum do povo, qual seja, um ambiente ecologicamente equilibrado.

Atualmente, a sociedade tornou-se moralmente preocupada com as questões de crueldade em face aos animais, tanto que já houveram diversos julgados do Estaduais e do Supremo Tribunal Federal de repercussão geral, opondo-se e banindo práticas de crueldade em relação a estes, bem como, discutindo o bem-estar do animal com o convívio de seus tutores, exemplo a guarda compartilhada, que tomou grande

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2006, p. 569.

²⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2012, p. 82.

²⁸ SILVIA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, ano 2002, p. 342/343.

repercussão em todo território nacional, motivo pelo qual, tal tema está cada vez mais tomando destaque em no judiciário Brasileiro, e, posteriormente em nosso ordenamento jurídico, vez que vários projetos de leis foram instaurados, com o fim de afastar tais tratamentos degradantes aos animais.

3.1 Animais como coisas:

Segundo Maria Helena Diniz, “coisa” seria bem material ou imaterial, suscetível de apropriação do homem, sendo assim, as normas que regulamentam o direito das coisas, buscam traçar diretrizes e regulamentação para conservação do bem, em caso de perda do poder do homem²⁹.

Para Gaio, uma “pessoa” era um ente capaz de portar direitos subjetivos, enquanto uma “coisa” era tão somente um ente subordinado aos direitos subjetivos de alguém. Mulheres, crianças, deficientes mentais, escravos e animais foram, em um dado momento, e por muito tempo, rotulados sob esta última categoria³⁰.

Pode-se afirmar, também, que o direito pátrio admite apenas duas espécies de pessoas no ordenamento jurídico, sejam elas naturais ou jurídicas.

Pessoa é aquela que possui capacidade de direito ou gozo, contudo, nem todas as pessoas possuem capacidade de fato, ou seja, muitas vezes há pessoas que não são capazes de expressar suas vontades, como por exemplo: um indivíduo que esteja em estado vegetativo, ou seja, visto que é incapaz de realizar alguns atos da vida civil.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 04: Direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013, p. 17/18.

³⁰ LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. 1ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, ano 2008, p. 87.

Flavio Tartuce conceitua pessoa da seguinte forma:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos³¹.

Os animais, por serem considerados meramente como coisas, não são equiparados aos demais seres vivos e sim aos objetos que não possuem vida³².

Estes também são denominados como seres semoventes, segundo o artigo 82 do Código Civil, bem como, na maioria do direito ocidental. Iremos ver posteriormente no terceiro capítulo o porquê de os animais não serem considerados “coisas” em todos os países.

Deste modo os animais são considerados propriedades, assim, esta seria uma espécie de bem jurídico, sendo que sua “única” utilidade para a espécie humana seria a economicidade³³.

No entanto, há uma mudança significativa na cultura do país, bem como, seguindo este mesmo conceito, a justiça brasileira está indo rumo à modernidade em relação aos direitos dos animais.

Atualmente há diversos julgados a favor de guarda de animais, dando enfoque claramente, como será demonstrado posteriormente, na relação humana com o animal, levando em consideração a falta que o ser humano irá sentir ao ser separado de seu animal de estimação.

³¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, ano 2018. Disponível em :<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977993/>. Acesso em: 25 abr. 2019, p. 74.

³² FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p.106.

³³ Idem, p.67.

³³ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 104.

Assim, conforme supramencionado, o sistema jurídico brasileiro está indo ao encontro de mudanças significativas no ordenamento jurídico em questão direta aos animais, todavia, tais mudanças devem visar que estes possuem senciência, sendo assim, dignos de total proteção dos operadores do direito.

4. Status jurídico dos animais:

Diante de tudo que fora aludido nos capítulos anteriores, tem-se observado que o direito está mudando conforme as experiências vividas pela comunidade jurídica em geral.

Assim, cabe lembrar que no Brasil debates acerca do bem-estar e proteção animal estão tomando certo rumo em direção à proteção das demais espécies que vivem conosco.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro preceitua que os animais são objetos, sendo assim, passíveis de propriedade de seus tutores ou donos.

Conforme o Direito atual, “os animais são possuidores do mesmo modo que os objetos inanimados tais como os carros e a mobília”. Eles são “tratados pela lei como qualquer outra forma de propriedade móvel e podem ser sujeitados à posse absoluta [...], o proprietário tem à sua disposição toda a proteção que a lei proporciona com respeito à posse absoluta”³⁴.

Destarte, em relação ao direito de propriedade, este ainda é o dogma principal nas relações jurídicas, pois, a propriedade em si é um objeto, passível de valor econômico, permitindo assim, para aquele que o adquire, utiliza-lo da forma que melhor entender, desde que não cause mal a outras pessoas e a sociedade³⁵.

³⁴ FRANCIONE, Gary L. Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?/ Tradutora: Regina Rheda. Campinas: Editora Unicamp, ano 1954, p. 121.

³⁵ RAMMÉ, Rogério. Curso de aperfeiçoamento OAB/RS ESA - Direito dos animais. Aula 1: Introdução aos direitos animais. Disponibilizada no dia 07 de maio de 2019 (1h32min47seg).

Contrariando uma realidade biológica inexorável, a reificação jurídica dos animais determinou a inexistência de uma fronteira nítida a divisar os seres vivos não-humanos dos objetos inanimados. Nesse sentido, como coisas, os animais seriam meros objetos de direito, suscetíveis de apropriação e ampla fruição pelo homem. A exegese clássica das normas protetivas existentes, tal como analisado oportunamente, não reconhece valoração intrínseca aos animais, estabelecendo que a sua tutela se dá meramente em atenção à proteção da própria humanidade (“visão indireta”) contra os atos de abuso e crueldade³⁶.

Ademais, a temática que envolve o direito dos animais está cada vez mais envolvida em questões políticas e sociais, onde, se tenta enfrentar as diferenças das espécies e institucionalizar os animais nas esferas sociais³⁷.

Muitas ideias tradicionais e muitos preconceitos sobre esses animais têm vindo a ser removidos, e hoje o respeito pelo estatuto moral dos não-humanos cresce na directa proporção dessas descobertas, que nos permitem ter um entendimento novo, não somente acerca das personalidades únicas dos indivíduos de diversas espécies, mas também acerca do modo como alguns desses indivíduos, quando gregários, estruturam por um misto de necessidade e de deliberação (como os humanos), as suas relações sociais³⁸.

No entanto, o presente capítulo irá abordar a respeito da possibilidade dos animais serem considerados sujeitos de direitos, sendo assim, libertos da denominação de “coisas”.

³⁶ LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. 1ª Edição. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, ano 2008, p. 482/483.

³⁷ PAZZINI, Bianca. **Animais como pessoas? Provocações para o advento de um novo ethos**. Publicado no livro o movimento entre os saberes: A transdisciplinaridade e o Direito. Animais não-humanos como sujeitos de Direito: um novo paradigma. Porto Alegre: Editora Evangraf, ano 2017, p. 25.

³⁸ ARAÚJO, Fernando. **O estatuto animal dos humanos e o estatuto moral dos não-humanos**. Publicado na obra Ética Aplicada: Animais. Lisboa: Editora 70, ano 2018, p. 54.

Antes era inadmissível o homem pensar sobre os animais como sujeitos de direito, no entanto, conforme já exarado exaustivamente no presente trabalho, a sociedade em um todo vêm ampliando sua visão, tendo assim mais zelo e carinho com as demais espécies que habitam o nosso planeta.

Todavia, não há de ser confundido uma possível atribuição de animais como sujeitos de direito com a premissa de eles poderem ser pessoas, tal tese é totalmente refutada pelos estudiosos da área de proteção animal.

[...] quando se propõe que a terminologia pessoa abranja também os animais, não se está requerendo a inclusão destes na espécie humana (*Homo sapiens sapiens*), mas está-se postulando o ingresso de tais seres no mundo da civilidade jurídica, para que contra eles não mais se cometam atrocidades sob o manto da legalidade³⁹.

Fernanda Medeiros⁴⁰ também aduz que a maioria da doutrina, legisladores, bem como, demais operadores do direito são contra considerar os animais sujeitos de direito, aduzindo que não existiria reciprocidade em relação aos animais, pois estes apenas teriam direitos e não teriam deveres, assim como já é abordado no artigo 936 do Código Civil.

No entanto, existem pessoas que não possuem deveres diretos, como por exemplo, os menores, conforme o artigo 930 do Código Civil, pois os pais são responsáveis por possíveis reparações civis. Todavia, estes são da mesma espécie, ou seja, a humana, nessa senda fazendo jus ao benefício de proteção do Estado, diferentemente dos animais, que não fazem parte

³⁹ PAZZINI, Bianca. **Animais como pessoas? Provocações para o advento de um novo ethos**. Publicado no livro o movimento entre os saberes: A transdisciplinaridade e o Direito. Animais não-humanos como sujeitos de Direito: um novo paradigma. Porto Alegre: Editora Evangraf, ano 2017, p. 27/28.

⁴⁰ MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. **Curso de aperfeiçoamento OAB/RS ESA - direito dos animais**. Aula 2: **Tutela Constitucional dos Animais**. Disponibilizada no dia 14 de maio de 2019 (36min10seg).

da raça humana, portanto, não sendo passíveis de serem considerados sujeitos de direito, mesmo que estes possam ser representados em juízo por terceiros⁴¹.

Destarte, cabe aduzir que ao alargarmos nossa compreensão moral com os animais, não quer dizer que haverá alguma diminuição em relação a proteção do ser humano, ou que haverá alguma restrição a dignidade destes⁴².

A meta pretendida pela valoração intrínseca da natureza não é a “desclassificação” da espécie humana, mas a compreensão de que, enquanto atores de um mesmo cenário biótico, cabe aos seres humanos a adoção de uma interpretação ecológica e uma postura ética que ultrapassem a posição egoística de que a natureza se presta apenas á satisfação de suas necessidades⁴³.

Ainda, Segundo Fernanda Medeiros, os deveres da segunda parte do artigo 225 da Constituição Federal, significam que estes são irrenunciáveis, ou seja, o dever que a raça humana tem para com os animais não é passível de ser renunciado por aqueles que não possuem respeito, ou que não gostam dos animais⁴⁴.

Ver-se-á um exemplo fora do âmbito ambiental para que fique mais clara essa diferenciação, como o dever fundamental de votar, prestar serviço militar obrigatório, o dever fundamental de pagar impostos, dentre outros.

⁴¹ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Curso de aperfeiçoamento OAB/RS ESA - direito dos animais**. Aula 2: **Tutela Constitucional dos Animais**. Disponibilizada no dia 14 de maio de 2019 (36min19seg).

⁴² LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. 1ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, ano 2008, p. 495.

⁴³ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. **Proteção jurídica do Meio Ambiente – Florestas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, ano 2003, p. 31.

⁴⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Curso de aperfeiçoamento OAB/RS ESA - direito dos animais**. Aula 2: **Tutela Constitucional dos Animais**. Disponibilizada no dia 14 de maio de 2019 (37min50seg).

Tal preceito é exatamente igual no direito ambiental, todavia, não é enxergado por grande parte dos juristas, quiçá da população.

Existe um dever fundamental no âmbito do direito animal que está enraizado dentro do direito ambiental, ou seja, não é uma relação de compaixão, mas sim um preceito fundamental positivado na Constituição Federal.

Segundo a doutrina especializada, a própria ideia de um tratamento não cruel dos animais deve buscar o seu fundamento não mais na dignidade humana ou na compaixão humana, mas sim na própria dignidade inerente às existências dos animais não-humanos⁴⁵.

Por fim, para adentrar ao enfoque do presente trabalho, cabe a seguinte premissa: diante de todos os pontos acima aventados, a respeito de cultura animal, bem como senciência, o animal não-humano possui ainda motivos para determinar que os animais não são passíveis de serem considerados sujeitos de direitos, tendo em vista que os animais não teriam deveres, ou que estes não possuem direito de escolha?

Já existem estudos científicos comprovando que os mamíferos, aves, répteis, peixes, dentre outros animais possuem senciência, sentem dor, prazer, possuem experiências de forma parecida com a dos seres humanos.

Nós declaramos o seguinte: "A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não-humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o

⁴⁵ Recurso Especial número 1.797.175 disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00022442820148260642&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 maio 2019.

peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não-humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos⁴⁶.

Assim, em que pese o Direito Brasileiro esteja em constante mudança, através das decisões inovadoras à favor do Direito dos Animais, o nosso país terá que continuar evoluindo, pois, normalmente, as pessoas dão mais valor aos seus animais domésticos e pouco se importam com os direitos dos outros animais.

São os animais não-humanos novos sujeitos de direito, reconhecimento que especificamente redundará na preservação de todas as espécies em prol de um mundo mais íntegro e sustentável, onde a cooperação será um marco ideal, sustentando-se uma nova forma de viver e de construir um mundo de comunhão e paz⁴⁷.

Destarte, no próximo tópico será realizada a análise da aplicação do estatuto de Portugal, que personificou os animais, trazendo à baila uma nova dimensão de sujeitos de direitos, sendo estes denominados sencientes.

4.1 Da relação jurídica com os animais:

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, apenas os seres humanos possuem legitimidade para ingressar com demandas jurídicas. No entanto, a capacidade para ser parte é, hoje em dia, destinada às

⁴⁶ Disponível em :<http://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴⁷ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 123.

pessoas físicas ou jurídicas, bem como, para alguns entes despersonalizados os quais a lei tem atribuído personalidade⁴⁸.

[...] apesar do preconceito existente na maioria da sociedade à ideia de direitos para os animais, o Poder Judiciário é um poderoso agente no processo de mudança social, por deter o poder-dever de atuar diante da lacuna do legislativo e, muitas vezes, é o único poder capaz de corrigir injustiças sociais, em face de agentes políticos contrários, substancialmente presos aos interesses de grandes grupos econômicos⁴⁹.

Todavia, o Ministério Público ou a sociedade civil, por meio de ação civil pública, podem adentrar no Poder Judiciário sobre questões que não se perfazem apenas à favor de seres humanos. Assim, a questão de ter acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo, seja para, pedir por si mesmo ou para requerer a tutela de um direito para outrem⁵⁰.

Destarte, em relação ao Ministério Público, com fulcro no artigo 176 do Código de Processo Civil, este atuará na defesa da ordem jurídica e dos interesses e direitos sociais, dentre outros.

Sabe-se que os animais não-humanos não detêm capacidade processual devido a suas limitações materiais, assim como acontece aos absolutamente incapazes, entretanto, a ausência dessa aptidão não significa uma restrição absoluta ao direito de ingressar em juízo, na medida em que pode, supri-la através do auxílio de terceiros que agem em seu interesse, seja pela representação ou seja pela assistência processual⁵¹.

⁴⁸ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 117.

⁴⁹ Idem, p.125.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2013, p. 314.

⁵¹ FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 132.

No entanto, e, em relação aos direitos dos animais, no Brasil foi determinada, diante do Decreto 24.654/34, que o Ministério Público seria representante legal dos animais, todavia, o presente decreto fora revogado, gerando assim, grandes dúvidas em relação à proteção animal no Brasil, pois, diante de tal revogação, os animais encontraram-se, em tese, desamparados.

Todavia, o Ministério Público fora contemplado com capacidade postulatória para propor ações em proteção ao meio ambiente, bem como demais interesses difusos e coletivos, com fulcro no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

A possibilidade de atuação do Órgão Ministerial como substituto processual não possui um rol exaustivo, pois sempre que se notar a existência de um direito difuso ou coletivo a ser tutelado, um dos representantes do *parquet* poderá e deverá atuar na defesa de tais direitos⁵².

Outrossim, o acesso à justiça dos animais em juízo deve ser garantida através de mecanismos que assegurem o amplo acesso destes, bem como, a proteção de seus direitos fundamentais, que é dever dos demais membros da sociedade, principalmente do Estado.

Assim, diante do que fora acima mencionado, a sociedade civil possui obrigações Constitucionais de defesa, sendo que essas podem ser de cunho objetivo ou subjetivo⁵³.

[...] aqui se sustenta a respeito da existência de um direito e de um dever fundamental da proteção do ambiente á questão da existência, para além de

⁵² FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Editora Juruá, ano 2004, p. 121.

⁵³ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ano 2013, p. 242.

um dever estatal de proteção dos Animais não-humanos, para além dos deveres fundamentais dos animais humanos para com os animais não-humanos, de uma dimensão subjetiva do direito fundamental de proteção dos animais não-humanos⁵⁴.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, sabemos que é facultado às pessoas tutelarem juridicamente por estes, perante o Poder Judiciário, diante de um conflito de seu interesse⁵⁵. Assim, “desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito”⁵⁶.

Ademais, em relação à dimensão objetiva, Fernanda Medeiros aduz que tal dimensão apresenta-se de forma coletiva, bem como seria uma forma de complementação da forma subjetiva. Assim, a dimensão objetiva das normas fundamentais apresenta garantias institucionais, eficácia horizontal dos direitos, os deveres de proteção do Estado contra terceiros, dentre outros⁵⁷.

No entanto, quando estamos falando de direitos subjetivos, tais normas incidem em relação ao titular daquele direito, não da sociedade em geral, ou seja, o titular daquele direito específico, tem o direito de fazer valer-se de liberdades, poderes, ações negativas ou positivas que lhes foram concedidos⁵⁸.

⁵⁴ Idem, pág. 242.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, ano 2012, p. 152.

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ano 2013, p. 243.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, ano 2012, p. 154.

Na esfera positiva dos direitos fundamentais, o titular do direito busca autonomia de suas vontades, ou seja, não quer que o Estado interfira em sua vida íntima e privada.

Canotilho aduz que os direitos, liberdades e garantias seriam em decorrência da referência pessoal do homem individual, ou seja, possuindo assim um radical subjetivo, sendo assim, o Estado teria a obrigação de se abster a determinados direitos, como exemplo os de liberdade (direito de antena, de informática, de ir e vir, etc)⁵⁹.

Todavia, em relação aos direitos fundamentais objetivos, o Estado tem o dever de proteção aos cidadãos, assim, este presta assistência aos direitos de proteção, ao exercício de liberdade (*habeas corpus*), protege o direito a vida do indivíduo⁶⁰.

[...] significa não apenas direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínimas e o direito a exigir das entidades estatais a adoção de medidas impeditivas da agressão deste direito por parte de terceiros⁶¹.

Diante do que fora supramencionado em relação aos direitos fundamentais subjetivos e objetivos, cabe destacar que há uma conexão apresentada pelos autores, onde, o titular do direito, pleiteia um objeto ou objetivo, sendo este o objetivo principal da lide, em face de outra pessoa, formando assim uma relação trilateral⁶².

No entanto, em decorrência do proposto no presente trabalho, faz-se uma justificativa de colocar o porquê que os animais são merecedores de

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Editora Almedida, ano 2000, p. 399.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ano 2013, p. 244.

serem caracterizados como sujeitos de direitos. A proposta seria colocá-los no topo da pirâmide, sendo assistidos pela Defensoria Pública ou advogados particulares, representados por seus tutores. E aqueles que não possuem tutores, seriam representados diretamente pelo Ministério Público, em decorrência do dever que o Estado possui de proteção a todas as espécies.

Ademais, fica claro que em decorrência da função coletiva do direito ambiental, esta revolucionou o sistema jurídico ao tutelar o objeto do direito em relação às suas bases predeterminadas e não as tradicionais situações objetivas, conforme apresentada na primeira pirâmide⁶³.

Em relação aos animais serem personificados, já é pacificado pela doutrina que tal responsabilização não traria benefícios a estes, em decorrência dos deveres que seriam lhe assegurados.

Sendo assim, melhor seria atribuir para os animais um *status* jurídico único, criando uma terceira espécie de gênero, onde estes podem ser representados em juízo, ou seja, seriam sujeitos de direito, no entanto, possuindo apenas direitos fundamentais subjetivos, sendo até mesmo representados em juízo.

Assim, ultrapassada a dogmática clássica e apresentado ao leitor um possível novo modelo, que já fora utilizado inclusive no Brasil pelo Supremo Tribunal de Justiça, bem como, Projetos de Leis que não tiveram vigor até os dias atuais, conforme aduzido no primeiro tópico desse capítulo, cabe asseverar que a ideia dos animais serem representados em juízo, atribuindo-lhes como sujeitos de direitos, com intuito destes possuírem capacidade postulatória, não seria mais um assunto distante de ser pacificado nos tribunais brasileiros, bem como, de ser positivado pela legislação Brasileira.

⁶³ RODRIGUES, Danielle Teti. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2ª Edição, 4ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, ano 2012, p. 189.

Conclusão

Conforme visto, o homem sempre teve um pensamento antropocêntrico em relação aos animais, desde a pré-história até o período atual, sendo que em determinados momentos da história humana, os cientistas, como Descartes, acreditavam que os animais nada mais eram do que máquinas, os quais deveriam ser utilizadas pela raça humana.

No entanto, filósofos como Jeremy Bentham, Peter Singer e Tom Regan, em que pese visarem caminhos diferentes, trouxeram à baila debates acerca da proteção, bem-estar e abolicionismo de práticas cruéis para com os animais.

No Brasil, debates acerca do assunto vêm tomando mais força, conforme aduzido em todo nosso estudo, o Brasil vem desde a república velha tomando algumas medidas para tentar diminuir os maus-tratos contra os animais, como a lei de crimes ambientais, leis sansão, promulgada em 2020, por exemplo.

Nesse sentido, é necessário que os animais sejam enquadrados como seres sujeitos de direito, em decorrência da sciência que possuem, questão essa que já foi pacificamente afirmada por cientistas, bem como, exaustivamente abordado no presente estudo.

Motivo este, já seria de grande valia para que os animais fossem representados em juízo pelo Ministério Público e pela sociedade, em razão de possuírem direitos fundamentais subjetivos, sendo assim, passíveis de proteção por todos da sociedade.

No entanto, cabe ao legislador transformar possíveis pensamentos especistas, pois, todas as espécies merecem proteção jurisdicional, não podendo assim cometer o mesmo erro que fora em relação aos negros e as mulheres há não muito tempo atrás no Brasil e no mundo.

Assim, insta afirmar que a alternativa de determinar que os animais sejam sujeitos de direitos, seria mais eficaz do que ofertar a estes um status jurídico próprio, que talvez não trouxesse grandes modificações práticas em nosso país.

Por fim, é louvável a preocupação que a sociedade tem em relação à causa animal, seres estes que merecem total preocupação, respeito e compaixão, igualmente aos conferidos aos seres humanos.

Dessa forma, em decorrência dos animais não possuírem voz em meio a este vasto mundo cruel, cabe a nós, operadores do Direito, darmos a estes armas para que a crueldade possa ser combatida no âmbito jurisdicional.

Referências

ARAÚJO, Fernando. **O estatuto animal dos humanos e o estatuto moral dos não-humanos**. Publicado na obra *Ética Aplicada: Animais*. Lisboa: Editora 70, ano 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24^a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2006.

CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. **Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro**. Monografia publicada pela PUCRS, ano 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a Edição. Coimbra: Editora Almedida, ano 2000.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. **Proteção jurídica do Meio Ambiente – Florestas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, ano 2003.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, ano 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 04: Direito das coisas.** São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito.** Curitiba: Editora Juruá, ano 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental.** 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2012.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?/** Tradutora: Regina Rheda. Campinas: Editora Unicamp, ano 1954.

LEVAL, Fernando Laerte. **Direito dos animais.** Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, ano 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: Fundamentação e Novas Perspectivas.** 1ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, ano 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **A esquizofrenia moral e o dever fundamental de proteção ao animal não-humano.** 10º Vol. Revista Brasileira de Direito Animal: Editora Thomson Reuters, ano 2012.

MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história.** Rio de Janeiro: Editora FGV, ano 2014.

PAZZINI, Bianca. **Animais como pessoas? Provocações para o advento de um novo ethos.** Publicado no livro o movimento entre os saberes: A transdisciplinaridade e o Direito. Animais não-humanos como sujeitos de Direito: um novo paradigma. Porto Alegre: Editora Evangraf, ano 2017.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais**. TRADUÇÃO: Porto Alegre: Editora Lugano, ano 2006.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª Edição. 4ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, ano 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, ano 2012.

SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo. **História**: vol. único, 1ª Edição. São Paulo: Editora Ática, ano 2005.

SILVIA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, ano 2002.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler. Ed.rev.- Porto Alegre, São Paulo: Editora Lugano, 2004.

SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, ano 2018.

SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, ano 2018.

O valor social do trabalho como elemento fundamental na ordem constitucional e econômica brasileira

*Leandro José Cardoso*¹
*Cristiane Feldmann Dutra*²

1. Introdução

O presente trabalho tem o intuito de apresentar uma reflexão acerca da importância do ser humano que trabalha, do trabalho e de como ele deve atender a um valor social, uma vez que se caracteriza como elemento fundamental na ordem constitucional. Bem como, componente fundamental na construção econômica e de riqueza na sociedade capitalista.

Ademais, o objetivo do presente trabalho é fazer uma exploração sobre o trabalho em seus primórdios com escravidão, a proteção dos Direitos Humanos e uma análise crítica sobre a reforma trabalhista que prometeu diminuir o desemprego. O problema consiste em verificar se a reforma trabalhista reduziu o número de desempregados no Brasil como prometia. Foi utilizada a metodologia lógico-dedutiva através de uma análise bibliográfica, em livros, artigos científicos e nos sites especializados inferindo os fatos e as premissas sobre o objetivo e problema abordados no presente estudo.

O trabalho está diretamente ligado a expansão do sistema de produção capitalista, uma vez que esse sistema se apropria da força de

¹ Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na instituição UniRitter - Laureate International Universities - RS. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESUCA. E-mail: leandroo.cardosoo@hotmail.com

² Doutora em Educação (Universidade Lasalle). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Docente de Direito de Graduação do Centro Universitário do Cesuca. E-mail: cristiane.feldmann@hotmail.com

trabalho humana e do produto produzido através desse esforço. Dessa forma, a acumulação da riqueza se concentra nas mãos do capitalista, enquanto para o trabalhador explorado sobra apenas o mínimo para sua sobrevivência. Foi contra essa exploração que a Constituição Federal trouxe a proteção expressa em seu texto, dando ênfase a valorização do trabalho humano como fundamento da República e da ordem econômica do país.

Sendo assim, o trabalho não pode ser analisado apenas por conceitos econômicos e tratado como mera mercadoria, visto que o ser humano é mais valioso que qualquer conceituação econômica, principalmente, porque o fortalecimento da economia está estritamente relacionado com o desenvolvimento do trabalho e a valorização do trabalhador. Por fim, o presente trabalho está concentrado em todos os elementos que compõem a organização do trabalho humano, justamente, por ser efetivamente através do trabalho que homem se realiza, que representa seu valor perante a sociedade e ao mundo que o cerca. Isso só será possível com a efetiva valorização do trabalho humano.

2. A origem do trabalho

O trabalho para ter identificado seu significado e importância deve, primeiramente, ter analisado seu surgimento na história da humanidade. A filósofa Hannah Arendt cunhou a expressão *vita activa* para designar as três atividades humanas que considerava fundamentais, quais sejam: trabalho, obra e ação. Explicava ainda, que tais atividades são fundamentais porque correspondem as condições básicas pelas as quais a vida foi dada ao homem na terra.³ Percebemos que tais atividades se fundem e complementam-se entre si.

³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 13. ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 09.

O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa.⁴ Do ponto de vista histórico, o trabalho representa fator de civilização e progresso, tendo em vista que se encontra relacionado à atividade humana e, esta, por sua vez, guarda estreita ligação com os fenômenos culturais, sociológicos, axiológicos, religiosos, morais, sociais, jurídicos e políticos. Significa dizer que o trabalho é fator de progresso dos grupos sociais, ao longo da civilização e da história.⁵ Assim, o homem foi construindo sua marca no mundo. Pode-se entender que o homem é produto de sua evolução cultural e social, como nos demonstra Antunes:

A história da realização do ser social, muitos já o disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas.⁶

O trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao

⁴ VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. - 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. - São Paulo: LTr, 2003, p. 27-48.

⁵ GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>. Acesso em: 09 maio 2018.

⁶ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. - 13. ed. rev. ampl. - São Paulo: Cortez, 2008, p. 142.

processo vital pelo trabalho. A condição humana do trabalho é a própria vida.⁷ Como nos ensina Valdete Souto Severo, “o trabalho faz parte da existência humana. Não é criação da era moderna. Desde que o homem começa a se organizar, tornando-se sedentário, o trabalho constitui a força que permite seu domínio sobre a natureza.”⁸ Esse domínio foi percebido por Bauman:

Quaisquer que tenham sido as virtudes que fizeram o trabalho ser elevado ao posto de principal valor dos tempos modernos, sua maravilhosa, quase mágica, capacidade de dar forma ao informe e duração ao transitório certamente está entre elas. Graças a essa capacidade, foi atribuído ao trabalho um papel principal, mesmo decisivo, na moderna ambição de submeter, encilhar e colonizar o futuro, a fim de substituir o caos pela ordem e a contingência pela previsível (e, portanto, controlável) sequência dos eventos. Ao trabalho foram atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como, por exemplo, o aumento da riqueza e a eliminação da miséria; mas subjacente a todos os méritos atribuídos estava sua suposta contribuição para o estabelecimento da ordem, para o ato histórico de colocar a espécie humana no comando de seu próprio destino.⁹

O trabalho vem do latim *tripalium*¹⁰, que era uma espécie de instrumento de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfriar o

⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 13. ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 09.

⁸ SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 13.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução, Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 157.

¹⁰ Tripalium significa uma armação de três estacas utilizada nas fazendas para ajudar nos partos e na ferragem dos animais, que, no início da Idade Média, porquanto vinculada ao sofrimento, e a dor, é percebida como um instrumento de suplício. [...] Em sua forma mais antiga, o trabalho designa as duras penas e a miséria da vida. É bem mais tarde que a ideia de canalização de esforços para a superação das dificuldades passará a designar o conteúdo da palavra, evidenciando uma transformação de sentido que emprestará ao trabalho uma utilidade, isto é, um valor de uso, que irá forjar, por sua vez, o alcance quase anódino que atualmente se empresta ao termo. BARRETO, 2006 apud SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 14.

trigo, a espiga de milho e o linho. Isso se compreende melhor ao descobrir que em nossa língua a palavra trabalho se origina do latim *tripalium*, embora outras hipóteses a associem a *trabaculum* [...].¹¹ A maioria dos dicionários, contudo, registra *tripalium* apenas como instrumento de tortura, o que teria sido originariamente, ou se tornado depois. A *tripalium* se liga o verbo do latim vulgar *tripaliare*, que significa justamente torturar.¹² O homem nasceu livre e em toda a parte é posto a ferros [...].¹³ É posto a ferros por outros homens para a obtenção de lucro.

No Brasil, o trabalho se desenvolveu bem mais tarde, uma vez que veio a acontecer após o processo de colonização. A mão-de-obra africana chegou para a expansão da empresa, que já estava instalada. É quando a rentabilidade do negócio está assegurada que entram em cena, na escala necessária, os escravos africanos: base de um sistema de produção mais eficiente e mais densamente capitalizado.¹⁴ Sobre a rentabilidade proporcionada pela escravidão nos orienta Silva:

A riqueza do Brasil foi construída pelo braço escravo. Para sempre, os brancos serão devedores dos negros trazidos da África como mercadorias, raptados e violentados. A acumulação primitiva do capital das classes dominantes brasileiras foi produto da barbárie legalizada. Jamais se pagará a devida indenização aos descendentes desses heróis anônimos expatriados, subjulgados, espoliados, humilhados, parasitados e abusados.¹⁵

A empresa escravista, fundada na apropriação de seres humanos através da violência mais crua e da coerção permanente, exercida através

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. – 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

¹² ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. – São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 10.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. – Tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 23.

¹⁴ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. – 34. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 77.

¹⁵ SILVA, Juremir Machado da. **Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social**. – 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 11.

dos castigos mais atrozes, atua como uma mó desumanizadora e deculturadora de eficácia incomparável. Submetido a essa compressão, qualquer povo desapropriado de si, deixando de ser ele próprio, primeiro, para ser ninguém ao ver-se reduzido a uma condição de bem semovente, como um animal de carga, depois, para ser outro, quando transfigurado etnicamente na linha consentida pelo senhor, que é a mais compatível com a preservação dos seus interesses.¹⁶

A escravidão foi uma instituição nacional. Penetrou toda a sociedade, condicionando seu modo de agir e de pensar. O desejo de ser dono de escravos, o esforço por obtê-los ia da classe dominante ao modesto artesão branco das cidades. Houve senhores de engenho e proprietários de minas com centenas de escravos, pequenos lavradores com dois ou três, lares domésticos, nas cidades, com apenas um escravo. O preconceito contra o negro ultrapassou o fim da escravidão e chegou modificado a nossos dias. Até pelo menos a introdução em massa de trabalhadores europeus no centro-sul do Brasil, o trabalho manual foi socialmente desprezado como coisa de negro.¹⁷ Ainda, não houve nenhum tipo de transição para inclusão dos negros recém libertados, como resta demonstrado na explicação de Ribeiro:

[...] Liberto, porém, já não sendo de ninguém, se encontrava só e hostilizado, contando apenas com sua força de trabalho, num mundo em que a terra e tudo mais continuava apropriada. Tinha de sujeitar-se, assim, a uma exploração que não era maior que dantes, porque isso seria impraticável, mas era agora absolutamente desinteressada do seu destino. Nessas condições, o negro forro, que alcançara de algum modo certo vigor físico, poderia, só por isso, sendo mais apreciado como trabalhador, fixar-se nalguma fazenda, ali podendo viver

¹⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. – 3. ed. – São Paulo: Global, 2015, p. 89.

¹⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. – 13. ed., 2. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 69.

e reproduzir. O débil, o enfermo, o precocemente envelhecido no trabalho, era simplesmente enxotado como coisa imprestável.¹⁸

Apesar das variações de acordo com as diferentes regiões do país, a abolição da escravatura não eliminou o problema do negro. A opção pelo trabalhador imigrante, nas áreas regionais mais dinâmicas da economia, e as escassas oportunidades abertas ao ex-escravo, em outras áreas, resultaram em uma profunda desigualdade social da população negra. Fruto em parte do preconceito, essa desigualdade acabou por reforçar o preconceito contra o negro. Sobretudo nas regiões de forte imigração, ele foi considerado um ser inferior, perigoso, vadio e propenso ao crime; mas útil quando subserviente.¹⁹ Infelizmente, nos dias atuais a realidade dos negros não melhorou em quase nada, quando falamos da inserção no mercado de trabalho, bem como, dos demais trabalhadores. Por isso a importância dos Direitos Humanos na busca pela dignidade.

3. O trabalho e os direitos humanos

O trabalho pode ser considerado o fator fundamental do ser humano. Toda riqueza provém do trabalho, asseguram os economistas. E assim, o é na realidade: a natureza proporciona os materiais que o trabalho transforma em riqueza. Mas o trabalho é muito mais do que isso: é o fundamento da vida humana. Podemos até afirmar que, sob determinado aspecto, o trabalho criou o próprio homem.²⁰ O trabalho humano é chamado por Karl Marx de força de trabalho, pois ele nos diz que “a força de trabalho é, portanto, uma mercadoria que o seu proprietário, o operário

¹⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. – 3. ed. – São Paulo: Global, 2015, p. 157.

¹⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. – 13. ed., 2. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 221.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **O papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. – 4. ed. – São Paulo: Global Editora, 1990, p. 19.

assalariado, vende ao capital. Por que ele vende? Para viver.”²¹ Por necessitar vender sua força de trabalho o trabalhador fica à mercê de ser explorado pelo capital e precisa de proteção para que isso não ocorra.

Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado.²² Serve para explorar, bem como, ajudar na acumulação de riqueza nas mãos de poucos.

Nesse entendimento, o trabalhador deve ser protegido no seu trabalho e em sua dignidade. De modo que, Kant afirmava “que todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”²³ Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós-Guerra a esperança de reconstrução destes

²¹ MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 2. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 36.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. – 2. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 216.

²³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. – São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 58.

mesmos direitos.²⁴ A partir desse momento houve uma real preocupação com os direitos humanos. Assim nos preceitua Bonavides:

Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda a sociedade democraticamente organizada.²⁵

A Carta das nações Unidas (1945) proclama a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) proclama que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial e que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.²⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa.²⁷ Além disso, o art. 23, consubstancia a previsão dos direitos de todos os trabalhadores. Quais sejam:

- 1) Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
- 2) Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 549.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 24. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. – 1ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 393.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

- 3) Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
- 4) Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.²⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.²⁹ A Unesco define direitos humanos fundamentais, por um lado, como uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado e, por outro lado, como regras para se estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.³⁰ Além disso, trabalho é direito humano.

Esse reconhecimento dos direitos humanos encontra abrigo no ensinamento de Ingo W. Sarlet quando “afirma que [...] Direitos Humanos são os direitos reconhecidos nos documentos de direito internacional, tendo validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”³¹ Assim, Comparato nos leciona:

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 24. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 578.

³⁰ UNESCO. **Les dimensiones internacionales des droits de l'homme**. Unesco, 1978, p. 11. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

³¹ SARLET, 2001 apud MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 48.

a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.³²

O homem é o motivo para a criação e aplicação de normas jurídicas. É fundamento do Estado. O homem – ser dotado de dignidade – é a razão para a busca da excelência nas condições de vida. Mas – repita-se uma vez mais – não o homem individualmente considerado, nos moldes do ideário liberal, e sim o homem que vive entre seus pares, que é partícipe de uma comunidade [...].³³ No entanto, a reforma trabalhista atacou diretamente direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos.

4. Uma crítica a reforma trabalhista

A reforma trabalhista, que surge dentro de um contexto de exceção, tem claro objetivo de fragilizar completamente a proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho. Afeta tanto o direito material quanto processual do trabalho e prejudica, em diversos aspectos, não apenas o padrão de direitos constitucionais estabelecidos em favor do trabalhador, mas a própria estrutura de Estado edificada a partir de 1988. E o pior é que essa lei nada mais é do que parte de um movimento bem mais amplo e claramente direcionado à eliminação do pouco que conseguimos concretizar em termos de Estado Social.³⁴

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

³³ SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 56.

³⁴ SEVERO, Valdete Souto. A hermenêutica trabalhista e o princípio do direito do trabalho. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; _____, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 29-45.

Os idealizadores utilizaram de retórica, que já foi usada em outros momentos da história, como demonstra Severo:

O principal argumento da modernidade é o de que todos são destinatários da norma jurídica, todos são iguais e livres. Então, todos, inclusive os trabalhadores e trabalhadoras, têm direito a uma vida minimamente boa, a exercer sua liberdade, a ter sua dignidade respeitada etc. A liberdade para a troca só pode ocorrer se houver uma simulação de que a maioria das pessoas que compõem a sociedade é destituída de propriedade real: tem apenas a sua força e física e mental para vender em troca de salário. [...] Um dos principais argumentos revolucionários da burguesia, para legitimar todo movimento que conduz à superação do modelo de sociedade feudal, foi justamente o fim da dominação, ou seja, a ideia de que todos participariam da formação das regras de conduta (leis), seriam delas destinatários e mereceriam o mesmo respeito, no que tange à incolumidade física e moral e ao acesso aos bens que facilitam a vida.³⁵

Os críticos históricos do Direito do Trabalho sempre quiseram, de fato, acabar com o Direito do Trabalho.³⁶ A emergência dada pela oportunidade política e a forte resistência verificada, no entanto, impeliram para uma aliança, um tanto quanto contraditória, em torno de uma reforma que buscasse eliminar direitos pela via da flexibilização, mas sem expressar um ataque direto aos princípios do Direito do Trabalho.

³⁵ SEVERO, Valdete Souto. A CLT e os limites da interpretação judicial: art. 8º da CLT. In: KLEIN, Álvaro et al. **Comentários à Lei 13.467/17**: contribuições para um enfrentamento crítico. Coordenação de Álvaro Klein, Átilla da Rold Roesler, Denis Rodrigues Einloft, Luciane Toss e Valdete Souto Severo. – Porto Alegre: HS Editora, 2017, p. 11-18.

³⁶ Muitos críticos da legislação laboral brasileira – especialmente os economistas – ao defenderem a reforma trabalhista, sustentam que o Brasil deveria inspirar-se nos Estados Unidos, onde, segundo apregoam, não há CLT, Justiça do Trabalho e o número de ações trabalhistas é pequeno. A adoção do modelo americano de regulação do trabalho, sustentam, ajudaria a diminuir o Custo Brasil. Quem defende ou repete estas ideias demonstra grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. Os Estados Unidos possuem sim uma legislação trabalhista flexível, mas ela é abrangente e complexa, os tribunais americanos detêm ampla competência para julgar conflitos laborais, exercendo-a com rigor, e as empresas americanas gastam bilhões de dólares anualmente com indenizações (e custos judiciais) decorrentes de processos trabalhistas. [...]. Entre o sonho americano dos reformistas e os fatos há uma grande distância. CASAGRANDE, Cássio. **A reforma trabalhista e o sonho americano**. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2017/06/a-reforma-trabalhista-e-o-2017sonho-americano201d-1>. Acesso em: 11 maio 2018.

Assim, os argumentos, que chegaram a ser utilizados na década de 90, contra os princípios do Direito do Trabalho, notadamente, contra o princípio da proteção, assim como contra a função compensatória da desigualdade econômica reconhecida à legislação do trabalho, não foram expressos como fundamento da reforma.³⁷ Apesar de não estar explícito, não significa que o princípio da proteção não padeça de tentativas de ataques a sua expressão maior, segundo informa Severo:

A proteção se justifica historicamente como uma forma de tentar manter a promessa da modernidade, de que todos são destinatários da norma jurídica. Ou seja, todos, inclusive os trabalhadores, tem direito a uma vida minimamente boa, a exercer sua liberdade, a ter sua dignidade respeitada, etc. O problema é que em uma sociedade fundada na troca entre capital e trabalho, na qual o trabalho não é apenas um meio de realização do ser humano, mas principalmente uma forma (no mais das vezes, a única forma) de subsistência física, o trabalhador – sem uma proteção minimamente adequada – será transformado em coisa (mercadoria) durante o tempo de trabalho. Não é difícil perceber que essa é uma característica objetiva da relação social que se estabelece entre trabalho e capital. O melhor empregado será sempre aquele que mais conseguir anular a sua condição humana enquanto trabalha: que não for tantas vezes ao banheiro, não adoecer, não conversar com os colegas, não manifestar queixas, não faltar ao trabalho; não comentar problemas pessoais. Aquele que render mais, que trabalhar de forma incessante, que evitar intervalos. E isso, é bom que se sublinhe, independe da bondade ou da maldade de qualquer dos sujeitos dessa relação. Trata-se de uma tendência natural da relação social de trabalho, que contraria o fundamento da modernidade: o respeito à dignidade e ao ideal de uma vida minimamente boa para todos.³⁸

³⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. Coordenadores Afonso Paciléo Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017, p. 24.

³⁸ SEVERO, Valdete Souto. A hermenêutica trabalhista e o princípio do direito do trabalho. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; _____, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 29-45.

As primeiras regras trabalhistas, portanto, protegem o trabalhador e a trabalhadora, para que não haja revolta capaz de superar o modelo de organização social que, baseado no pressuposto da igualdade, revela-se na prática como reprodutor de dominação e desigualdade. Servem, portanto, para seguir convencendo quem trabalha por conta alheia, de que pode ter sua humanidade preservada, dentro e fora do ambiente de trabalho. É exatamente por isso que o Direito do Trabalho deve ser compreendido em sua realidade histórica, como expressão da luta de classes, porque desvela a falácia da promessa de liberdade e de igualdade, e, portanto, o fato de que trabalho e capital estão necessariamente em lados opostos (dominado e dominante).³⁹ Essa proteção proporcionada pelo Direito do Trabalho que a reforma trabalhista veio destruir.

Portanto, qualquer regra que facilite a exploração do trabalho fora dos limites máximos fixados na ordem internacional e constitucional vigente apresenta-se na realidade concreta das relações sociais como verdadeiro boicote ao projeto de sociedade que instituímos em 1988, que traz a medida mínima necessária para se tentar evitar a miséria econômica, política, social e humana, na sociedade do capital.⁴⁰ A reforma trabalhista veio para transformar a relação de trabalho em relação puramente civil.

Ainda, no ensinamento de Silva “outro argumento brandido pelos defensores da reforma pode ser intitulado mito da CLT, norma que não teria acompanhado as mudanças havidas no mundo desde 1943, ano que

³⁹ SEVERO, Valdete Souto. A CLT e os limites da interpretação judicial: art. 8º da CLT. In: KLEIN, Álvaro et al. **Comentários à Lei 13.467/17**: contribuições para um enfrentamento crítico. Coordenação de Álvaro Klein, Átilla da Rold Roesler, Denis Rodrigues Einloft, Luciane Toss e Valdete Souto Severo. – Porto Alegre: HS Editora, 2017, p. 11-18.

⁴⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. Coordenadores Afonso Paciléto Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017, p. 59.

em foi publicada”.⁴¹ Difundiu-se a notícia de que a reforma trabalhista adviria para: a) eliminar a insegurança jurídica; b) gerar empregos (ou reduzir o desemprego); c) não eliminar ou reduzir direitos; d) respeitar a Constituição; e) autorizar a flexibilização, como forma de melhorar a vida dos trabalhadores; f) modernizar a legislação, acompanhando a evolução tecnológica; e g) fortalecer a atuação sindical.⁴² O pior dos argumentos foi que a reforma diminuiria o desemprego.

O desemprego, de forma simplificada, se refere às pessoas com idade para trabalhar (acima de 14 anos) que não estão trabalhando, mas estão disponíveis e tentam encontrar trabalho. Assim, para alguém ser considerado desempregado, não basta não possuir um emprego.⁴³ O maior sofisma da reforma trabalhista foi que ela geraria empregos, isto é, reduziria o desemprego. Nesse sentido, de acordo com pesquisa realizada pela PNAD Contínua pode verificar:

O desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018 - A taxa de desocupação do trimestre encerrado em março de 2018 chegou a 13,1%, com aumento de 1,3 ponto percentual em relação ao último trimestre do ano passado (11,8%). O total de pessoas desocupadas também cresceu no período, passando de 12,3 milhões para 13,7 milhões. Houve um aumento de 11,2% nesse contingente, ou mais 1,4 milhões de desempregados no país.⁴⁴

Os dados mostram que houve uma tímida redução no número de desempregados em 2019. A taxa média de desocupação caiu de 12,3% em

⁴¹ SILVA, Alessandro da. A reforma trabalhista e o mito da litigiosidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 47-57.

⁴² MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. Coordenadores Afonso Paciléo Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017, p. 17.

⁴³ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O que é desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁴⁴IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas Sociais**. PNAD Contínua. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html>. Acesso em: 10 maio 2018.

2018 para 11,9% em 2019, a segunda queda anual consecutiva, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) [...]. A pesquisa revelou um contingente de 12,6 milhões de pessoas desocupadas, no ano passado, 1,7% a menos do que em 2018. Porém, na comparação com o menor ponto da série, quando atingiu 6,8 milhões em 2014, a população sem trabalho quase dobrou, crescendo 87,7% em cinco anos.⁴⁵ Para piorar a situação que já era catastrófica, desde março de 2020⁴⁶ o Brasil enfrenta a pandemia da Covid-19, que aumentou os índices de desemprego.

A taxa de desocupação do país no 3º trimestre de 2020 foi de 14,6%, a mais alta da série histórica iniciada em 2012, crescendo 1,3 ponto percentual (p. p.) em relação ao trimestre de abril a junho de 2020 (13,3%) e 2,8 p. p. frente ao mesmo trimestre de 2019 (11,8%).⁴⁷ O número de desempregados no Brasil foi estimado em 14,4 milhões no trimestre encerrado em fevereiro, o maior contingente desde 2012, início da série histórica da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, divulgada hoje (30) pelo IBGE. O resultado representa uma alta de 2,9%, ou de mais 400 mil pessoas desocupadas frente ao trimestre anterior (setembro a novembro de 2020), ocasião em que a desocupação foi estimada em 14,0 milhões de pessoas. Mesmo assim, a taxa de desocupação ficou estável em 14,4% em relação ao trimestre anterior

⁴⁵ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas Sociais. **Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em: 04 jun. 2021.

⁴⁶ O Brasil identificou a primeira contaminação pelo novo coronavírus no final de fevereiro de 2020, enquanto a Europa já registrava centenas de casos de covid-19. A declaração de transmissão comunitária no país veio em março, mês em que também foi registrada a primeira morte pela doença. AGÊNCIA BRASIL. **Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁴⁷ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas Sociais. **PNAD Contínua Trimestral: desocupação cresce em 10 das 27 UFs no 3º trimestre de 2020**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29519-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-10-das-27-ufs-no-3-trimestre-de-2020>. Acesso em: 04 jun. 2021.

(14,1%), mas apresentou alta de 2,7 pontos percentuais na comparação com igual trimestre do ano passado, que foi estimada em 11,6%.⁴⁸ Isto posto, buscar a valorização do trabalho e do trabalhador pode ser a alternativa na busca do pleno emprego.

5. O valor social do trabalho

Valorizar o trabalho significa valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir ao alcance de uma vocação do homem. Mesmo o mercado, para quem o trabalho nada mais é, isso em uma concepção liberal, elemento de produção, não pode prescindir de valorizar o trabalho como elemento crucial ao alcance da dignidade humana.⁴⁹ A estrutura produtiva do capitalismo globalizado de hoje é herança do Toyotismo. Este sistema trouxe uma complexa reestruturação produtiva de forma a traçar as características do mundo de trabalho dos nossos dias: desemprego; trabalho em tempo parcial; fim do emprego vitalício; terceirização.⁵⁰ Esses são apenas alguns exemplos, mas não podemos olvidar de destacar, consoante com Marques que “o Brasil⁵¹, infelizmente, é um dos países onde mais acontecem acidentes de

⁴⁸ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego fica estável em 14,4% no trimestre encerrado em fevereiro**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30600-desemprego-fica-estavel-em-14-4-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁴⁹ PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 153.

⁵⁰ PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio?. In: DACOSTA, Lamartine Pereira; MÜLLER, Ademir (Org.). **Lazer e trabalho**. Organizadores Ademir Müller e Lamartine Pereira DaCosta. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 243-266.

⁵¹ O Brasil é o atual quarto colocado no ranking de acidentes de trabalho no mundo e a situação pode piorar em função da reforma trabalhista que já está em vigor no Brasil. Esta é a conclusão de especialistas reunidos [...] na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado. A OIT diz que nós temos 6,3 mil mortes por dia, 2,3 milhões de mortes por ano (no mundo). É mais do que qualquer conflito bélico. Ouso dizer, nessa época de beligerância internacional com o conflito entre Síria e Estados Unidos, se alguém quiser matar seres humanos não precisa desenvolver arma química, basta abrir uma empresa e não dar saúde e segurança porque os números da OIT mostram a carnificina que é a realidade do trabalhador sujeito a essas condições, disse o chefe da Divisão de Ações Prioritárias da Advocacia Geral da União (AGU), Fernando Maciel. ADITAL. Instituto Humanitas Unisinos. **Acidentes de trabalho no mundo**: números piores que os de qualquer guerra. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/578356-acidentes-de-trabalho-no-mundo-numeros-piores-que-os-de-qualquer-guerra>. Acesso em: 10 maio 2018.

trabalho.”⁵² Esses são resultados desse sistema de produção. No entanto, o trabalho transforma o homem, de acordo com Antunes:

A história da realização do ser social, muitos já o disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas. [...]⁵³

Significa dizer que o trabalho não constitui apenas fator de produção e de movimentação da estrutura produtiva. Ao revés. Compreende peça chave para a manutenção e transformação dos mecanismos de criação onde vive, onde está inserido e onde trabalha. Logo, o labor reflete diretamente nas relações sociais, pessoais e econômicas, de sorte que, quanto maior a valorização do trabalhador, de sua dignidade, de sua existência e subsistência, maior será a estabilidade do mercado, diante de sua inserção à coletividade, quer pela sua satisfação pessoal (o trabalho dignifica o homem), quer pelo atingimento de suas necessidades vitais, mediante satisfação de suas demandas pela remuneração justa.⁵⁴ É tamanha a relevância da valorização do trabalho humano, que Marques ilustra de tal forma:

O que é importante ressaltar aqui, ainda, é que, da forma como foi redigida a Carta de 1988, dando ênfase ao trabalho humano, quer como fundamento da

⁵² MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. – São Paulo: LTr, 2007, p. 113.

⁵³ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. – 13. ed. rev. ampl. – São Paulo: Cortez, 2008, p. 142.

⁵⁴ GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>. Acesso em: 09 maio 2018.

República, quer como princípio-base da ordem econômica e da ordem social, não há como interpretar os dispositivos constitucionais sem, necessariamente, dar destaque ao trabalho humano, em suas mais variadas formas, se sobrepondo ele aos demais elementos ligados principalmente ao mercado, por se tratar, também, de elemento de dignidade da pessoa humana. Não se pode, com isso, desvalorizar-se e precarizar as relações de trabalho, por isso geraria, por certo, um aumento das desigualdades sociais e prejudicaria a busca pelo pleno emprego, marginalizando boa parte da população economicamente ativa. O que deve ser feito, e isso cabe ao intérprete, é que quando este se deparar com alguma situação que diga respeito ao trabalho humano, a forma de se resolver o impasse é levando-se em conta que este mesmo trabalho tem um valor social, que é um elemento de dignidade da pessoa humana, a fim de fazer valer os fundamentos e objetivos fundamentais da república (arts. 1º e 3º) e os princípios da ordem econômica e social (arts. 170 e 193).⁵⁵

A Constituição Federal de 1988, tida como democrática e em certos pontos inovadora, não só elegeu o valor social do trabalho à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV)⁵⁶, como também assentou a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170)⁵⁷ e culminou por alçar o trabalho como valor social fundamental, ao dispor em seu art. 193⁵⁸, uma vez que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.⁵⁹

⁵⁵ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. – São Paulo: LTr, 2007, p. 115-116.

⁵⁶ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV - os valores sociais do trabalho [...]. BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵⁷ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵⁸ GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>. Acesso em: 09 maio 2018.

⁵⁹ Art. 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2018.

Entretanto, para que isso se realize é necessário o mínimo, ou seja, que os trabalhadores tenham emprego.

A Carta constitucional de nosso país determinou o valor social do trabalho como fundamento da república. Outrossim, segundo Almeida e Severo “o trabalho é, portanto, elemento inafastável da dignidade da pessoa humana, seja por constituir fonte de subsistência material, seja por seu caráter de realização do ser social (da troca que nos constitui).”⁶⁰ Dessa forma, para que tenha eficácia dessa dignidade o trabalhador empregado é elemento primordial.

Sem labor humano não há acúmulo de capital, quando a recíproca nem sempre é verdadeira. Então, para que este modo de produção permaneça operando, e ele tem por base principalmente o aspecto econômico, mister se faz a valorização do trabalho humano, alcançando o valor social do trabalho, fundamento da República, à condição de direito fundamental, protegido de forma rígida, não podendo ser mitigado ou atingido por qualquer elemento que não seja de valorização ou de destaque a ele.⁶¹ Esse é um dos pontos que deve-se buscar na proteção do valor do trabalho humano, buscando o pleno emprego e remuneração justa para efetivação dessa valorização.

Considerações finais

O trabalho no Brasil iniciou durante o processo de colonização do país, que instituiu a escravidão de índios e africanos como forma de desenvolvimento através da agricultura. A escravidão deixou uma mácula em nossa sociedade, de desigualdade social e exploração, trazendo até hoje uma visão escravocrata do trabalho, com muitas horas trabalhadas e

⁶⁰ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho*. – São Paulo: LTr, 2014, p. 17.

⁶¹ MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. – São Paulo: LTr, 2007, p. 116.

salários baixíssimos. Como se isso não bastasse, existe uma imensa massa de desempregados que se encontram em total desalento, sem perspectivas no meio de uma crise econômica.

A Reforma Trabalhista, nega-se ao enfrentamento da precarização e a proteção de quem trabalha do início ao fim, inclusive seus idealizadores admitiram à época da aprovação, que tal legislação foi criada com a finalidade de proteger o empresariado. Um dos principais argumentos da reforma não se confirmou, ou seja, não resolveu o problema do desemprego. Houve uma pequena redução, mas não se pode atribuir as suas alterações. O fato é que o desemprego segue com alto índice e com ele a miséria, a desigualdade social e por consequência, nenhuma dignidade, principalmente, quando a situação foi potencializada pela crise sanitária e econômica provocada pela pandemia da covid-19.

A Constituição Federal trouxe em seu texto a valorização do trabalho humano e não poderia ser diferente, uma vez que valorizar o trabalho é valorizar o trabalhador, ou seja, a pessoa humana. O valor social do trabalho busca o valor primordial que é a dignidade da pessoa humana, a realização do trabalhador como ser social, pois o trabalho além de fator de produção também é mecanismo de transformação social e econômica. Por isso, alcançar o pleno emprego, com trabalho digno e remuneração justa é a plena realização e caracterização do valor social do trabalho.

Sendo assim, o trabalho é elemento primordial de existência do ser humano, devendo-se elevá-lo à condição de verdadeiro fundamento da República e da ordem econômica nacional, já que está relacionado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Também, é a base de sustentação de toda a economia, gerando riqueza e proporcionando a realização da vida em sociedade. Outrossim, quando alçado a tal nível tutelar, o valor social do trabalho foi exaltado como

princípio fundamental de proteção e valorização do trabalho humano, rechaçando-se qualquer tentativa de violação deste regulamento.

Referências

ADITAL. Instituto Humanitas Unisinos. **Acidentes de trabalho no mundo: números piores que os de qualquer guerra.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/578356-acidentes-de-trabalho-no-mundo-numeros-piores-que-os-de-qualquer-guerra>. Acesso em: 10 maio 2018.

AGÊNCIA BRASIL. **Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>. Acesso em: 19 jun. 2021.

ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho.** – São Paulo: Brasiliense, 2008.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho.** – São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. – 13. ed. rev. ampl. – São Paulo: Cortez, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 13. ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução, Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** – 24. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2018.

CASAGRANDE, Cássio. **A reforma trabalhista e o sonho americano**. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2017/06/a-reforma-trabalhista-e-o-201csonho-americano201d-1>>. Acesso em: 11 maio 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. – 2. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2010.

ENGELS, Friedrich. **O papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. – 4. ed. – São Paulo: Global Editora, 1990.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. – 13. ed., 2. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. – 34. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>. Acesso em: 09 maio 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas Sociais. **Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em: 04 jun. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego fica estável em 14,4% no trimestre encerrado em fevereiro**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30600-desemprego-fica-estavel-em-14-4-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro>. Acesso em: 19 jun. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas Sociais**. PNAD Contínua.

Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html>. Acesso em: 10 maio 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas Sociais. **PNAD Contínua Trimestral: desocupação cresce em 10 das 27 UFs no 3º trimestre de 2020**.

Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29519-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-10-das-27-ufs-no-3-trimestre-de-2020>. Acesso em: 04 jun. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O que é desemprego**. Disponível em:

<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 19 jun. 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**.

Tradução Leopoldo Holzbach. – São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Manual da reforma trabalhista:**

pontos e contrapontos. Coordenadores Afonso Paciléio Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. – São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. – 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. – São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 2. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. – 1ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 17 jul. 2019.

PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio?. In: DACOSTA, Lamartine Pereira; MÜLLER, Ademir (Org.). **Lazer e trabalho**. Organizadores Ademir Müller e Lamartine Pereira DaCosta. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. – 3. ed. – São Paulo: Global, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. – Tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre: L&PM, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. A CLT e os limites da interpretação judicial: art. 8º da CLT. In: KLEIN, Álvaro et al. **Comentários à Lei 13.467/17**: contribuições para um enfrentamento crítico. Coordenação de Álvaro Klein, Átila da Rold Roesler, Denis Rodrigues Einloft, Luciane Toss e Valdete Souto Severo. – Porto Alegre: HS Editora, 2017.

_____, Valdete Souto. A hermenêutica trabalhista e o princípio do direito do trabalho. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; _____, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2017.

_____, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

SILVA, Alessandro da. A reforma trabalhista e o mito da litigiosidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. – 1. ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SILVA, Juremir Machado da. **Raízes do conservadorismo brasileiro**: a abolição na imprensa e no imaginário social. – 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. - 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 2003.

A antinomia existente no caso do aborto e a compatibilidade com a Constituição Federal à luz do princípio da proporcionalidade

*Maria Luiza Cardoso Pressi¹
Cristiane Feldmann Dutra²*

1. Introdução

O presente artigo foi elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso da pesquisadora e versa sobre a temática da antinomia existente no caso do aborto, buscando verificar se a criminalização do aborto é compatível com a Constituição Federal sob uma análise do princípio da proporcionalidade.

A antinomia jurídica nada mais é do que uma discordância entre normas, e ocorre quando estas normas exigem desfechos distintos para uma mesma situação de fato, possibilitando a escolha de resultados diferentes que não poderão ser obtidos de forma simultânea.

No caso do aborto, a antinomia existente é a colisão entre o direito à vida do nascituro e os direitos das mulheres e, para que seja solucionada esta discordância, é necessário fazer o uso do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é considerado como um raciocínio de resolução de conflitos, que busca verificar a constitucionalidade das restrições impostas aos direitos fundamentais que estão em colisão, bem como analisar as medidas adotadas e a finalidade atingida.

¹ Graduanda em Direito do Centro Universitário Cesuca.

² Doutora em Educação (Universidade Lasalle). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Docente de Direito de Graduação do Centro Universitário do Cesuca. E-mail: cristiane.feldmann@hotmail.com

A metodologia utilizada para desenvolver esta monografia é a pesquisa qualitativa, dialética e bibliográfica. O procedimento metodológico é realizar uma análise crítica da doutrina, legislação, artigos científicos, jurisprudência, bem como todos os meios disponíveis na internet que detenham relevância e credibilidade.

No que se refere ao desenvolvimento do artigo, o segundo capítulo é dedicado a introduzir o que são as antinomias jurídicas e de que forma estas são solucionadas. O terceiro capítulo é destinado a dissertar sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no caso do aborto.

2. O que são as antinomias jurídicas

Nos tempos atuais, pode-se dizer que a colisão entre as normas ocorre com frequência, isto porque, as ordens constitucionais contemporâneas detêm muita complexidade e, por conta da diversidade de valores, interesses e direitos, geram uma série de conflitos. Ademais, os parâmetros tradicionais de resolução de conflitos entre normas não são adequados para solucionar estas colisões, visto que não estão inseridas nos planos de validade e vigência³.

A Constituição Brasileira é um exemplo desta colisão, pois fora redigida em um momento em que havia muitas disputas políticas, o autoritarismo era predominante e, por conta disto, a Carta Magna de 1988 teve por objetivo fixar um compromisso entre aqueles que buscavam construir um Estado democrático e os que não queriam abrir mão de seus privilégios, ou seja, entre o progresso e o atraso, motivo pelo qual,

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 315 Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/3!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 19 mar. 2021.

atualmente, o conflito normativo ocorre com frequência no ordenamento jurídico brasileiro ⁴.

A presença de conflitos na Constituição desperta a importância de como deliberar acerca destes antagonismos. Desde o instante em que se entende que a Carta Magna é uma só e que esta deverá ser interpretada por seus defensores, deve-se buscar um equilíbrio entre as desavenças e, por mais contrários que aparentam ser, é necessário que seja realizada uma ponderação, compatibilização e harmonização para solucionar o conflito ⁵.

Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos fundamentais colidem entre si e com outros propósitos constitucionais, isto porque, a sua própria estrutura propicia para que isso ocorra. Deste modo, a ampla positivação de direitos faz com que surjam os mais variados princípios e, em consequência disto, surgem as antinomias jurídicas ⁶.

As antinomias são discordâncias entre normas, e isso acontece quando estas reivindicam resultados diversos para uma mesma situação de fato, isto significa que, podemos encontrar direções diferentes que não poderão ser tomadas simultaneamente ⁷.

Em alguns momentos, as antinomias existentes entre as normas poderão ocorrer de forma aparente e a sua resolução dar-se-á através da utilização de critérios valorativos entre as normas que estão colidindo, com a finalidade de decidir qual predominará. Eventualmente, esta colisão

⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 264. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁵ MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. p. 120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/cfi/6/10!/4/2@0:0>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁷ *Ibidem*.

poderá ocorrer de forma real, como consequência do descaso causado pelo legislador ou, também, como resultado da conservação dos conflitos originários da norma ⁸.

As antinomias normativas podem ocorrer tanto na forma abstrata, quanto na forma concreta. Em sua forma abstrata, pode-se dizer que ocorre quando a matéria normativa, em sua concepção textual, fixa mandos que não podem ser executados ao mesmo tempo. A forma abstrata é caracterizada quando há interpretação da lei, sem a necessidade de encaixar em alguma situação concreta ⁹.

Por sua vez, as antinomias na forma concreta ocorrem quando é impossível verificar a incompatibilidade entre duas ordens normativas, ou seja, a divergência existente entre as normas poderá acontecer de forma duvidosa, através de análise do caso concreto. Deste modo, a antinomia normativa em sua forma concreta só poderá ser identificada ao aplicar na situação fática ¹⁰.

Ainda, sobre o tema, é possível identificar duas formas de colisões, sendo elas, a estrita e a ampla. A forma estrita de colisão é aquela que aparece sempre que o exercício de um direito fundamental de uma determinada pessoa gera consequências negativas sobre os direitos fundamentais de outra pessoa. Nestes casos, os direitos fundamentais envolvidos podem ser tanto idênticos, quanto diversos ¹¹.

⁸ MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. p. 120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/cfi/6/10!/4/2@0:0.0>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 269. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 269. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 272. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Porém, na maioria das vezes, as colisões de forma estrita envolvem direitos fundamentais diferentes, como por exemplo, a discussão existente acerca da legitimidade constitucional do aborto, onde se considera em conflito o direito à vida do nascituro e o direito à autonomia da gestante ¹².

Já as colisões em sua forma ampla são aquelas que, de um lado, entram em conflito os direitos fundamentais, e, de outro, o interesse coletivo. Os exemplos mais utilizados de colisões em forma ampla são as situações em que os direitos individuais se chocam diretamente com o interesse público no momento em que os delitos e infrações devem ser apurados e punidos ¹³.

É importante frisar que os conflitos existentes entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais não podem ser resolvidos com base nos critérios clássicos de solução, isto porque, trata-se de conflitos que abarcam normas da mesma hierarquia, as quais foram redigidas simultaneamente, sendo necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade ¹⁴.

De acordo com o que fora citado neste capítulo, para resolver o conflito existente no caso do aborto é necessário utilizar o princípio da proporcionalidade como um critério de interpretação das normas constitucionais, visto que a colisão ocorre entre direitos fundamentais. A partir disto, faz-se necessário discorrer acerca deste princípio.

¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 274. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/o1/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 275. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/o1/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/o1/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

3. Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade pode ser vista como um instrumento do controle de constitucionalidade, presumindo que o ordenamento jurídico possui uma compatibilidade entre os valores previstos na Constituição e que a sua atribuição judicial tem por principal objetivo a concordância prática, ou seja, visa atingir um entendimento harmônico dos valores que estão colidindo ¹⁵.

Na maioria das vezes, a proporcionalidade e a razoabilidade são tratadas de forma semelhante pela jurisprudência e por parte da doutrina brasileira, isso porque existem reflexos dos conceitos adotados pela Suprema Corte Norte-americana, onde é comum utilizar a razoabilidade das leis como algo atribuído ao devido processo legal ¹⁶.

É importante ressaltar que, o princípio da proporcionalidade distingue-se da razoabilidade por conta de sua origem, estrutura e modo de aplicação. A proporcionalidade exige uma relação de causalidade entre meio e fim, impondo que o Poder Público escolha as medidas adequadas, necessárias e proporcionais para atingir as suas finalidades. A razoabilidade, por sua vez, estabelece que as circunstâncias pessoais e individuais dos indivíduos envolvidos sejam levadas em consideração no momento da decisão. Deste modo, aplica-se a razoabilidade nas situações em que exista um choque entre o geral e o individual, ou seja, entre a norma e o caso concreto ¹⁷.

A definição jurídica da proporcionalidade, como raciocínio de resolução de conflitos, tem por objetivo aferir a constitucionalidade das

¹⁵ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 19. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Ed. Juspódivm, 2016. p. 296-297.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Ed. Juspódivm, 2016. p. 297.

restrições dos direitos fundamentais, analisar as medidas empregadas e a finalidade atingida nos atos do Poder Público. No entanto, a proporcionalidade não pode ser aplicada a qualquer caso, isto porque, o seu uso depende de uma finalidade, de um meio que busca atingi-la e de uma relação de causalidade entre estes. O princípio da proporcionalidade importa em analisar a ligação existente entre os interesses e bens que estejam colidindo, podendo ser classificada como um método estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais¹⁸.

O princípio da proporcionalidade estabelece condição positiva e material atinente à restrição dos direitos fundamentais, determinando o limite do limite ou uma proibição de excesso no que se refere a estes direitos. Em suma, o princípio da proporcionalidade é utilizado quando há alguma restrição ou conflito entre estes direitos, devendo ser observadas as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as quais integram este princípio¹⁹.

Quanto à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, esta ocorrerá sempre que existir uma medida concreta que produza uma finalidade. Desse modo, devem ser examinadas as probabilidades de esta medida alcançar a finalidade, se a medida escolhida é a menos restritiva com relação aos direitos que estão colidindo e, ainda, se a finalidade pública detém relevância para fundamentar tal restrição²⁰.

¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 359. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/o!4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). p. 20. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/cfi/4!4/2@100:0.00>. Acesso em: 19 mar. 2021.

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 207.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, expôs em seu voto-vista no HC nº 124.306²¹, que a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher e deixa de observar as máximas do princípio da proporcionalidade, o que torna incompatível com a Constituição Federal (CF). O referido Ministro afirmou que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e restrições expressas, podendo, ocasionalmente, entrar em conflito entre si ou com outros princípios constitucionais. Ainda, salientou que para ambos os casos, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade para solucionar as situações concretas.

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde²².

No mesmo norte, o Ministro Luís Roberto Barroso utilizou o princípio da proporcionalidade e as suas máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) no delito do aborto, afirmando que a criminalização somente será justificada se estiver em conformidade com a tutela do direito à vida do feto (máxima da adequação); não existir outra

²¹BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 14-15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

forma de proteger o bem jurídico sem restringir os direitos das mulheres (máxima da necessidade); e o delito previsto no ordenamento jurídico justifica-se a partir de um exame de seus custos e benefícios (máxima da proporcionalidade em sentido estrito) ²³.

Ademais, é possível dizer que a proporcionalidade, como critério para solucionar as antinomias existentes entre os direitos fundamentais, afasta o juízo ponderativo básico, isto porque, mesmo que o direito à vida seja considerado o mais importante do ordenamento jurídico, é necessário questionar se a criminalização do aborto põe a salvo o direito à vida do nascituro e, se esta mesma finalidade poderia ser alcançada de outro modo, com medidas que rechaçassem menos os direitos das mulheres ²⁴.

Todo ser humano tem os mesmos direitos fundamentais, o que faz com que todos tenham o mesmo direito de exercê-los, e do que resulta que o direito de um não pode excluir o direito de outro. O direito de um vai até o direito de outro. Deste ângulo, o direito fundamental não é absoluto²⁵.

De acordo com o que fora citado acima, os direitos fundamentais não são absolutos, isto porque, seus limites decorrem diretamente das colisões existentes entre determinados direitos e, por mais fundamentais que sejam, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para solucionar estes conflitos. Ainda, devem ser observadas as máximas do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

²³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 21-22. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁴ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 23. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 259. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 06 abr. 2021.

3.1. Máxima da adequação

Para aferir a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental, primeiramente, deve ser observado se tal restrição está de acordo com a máxima da adequação (idoneidade ou conformidade). A adequação exige que qualquer restrição aos direitos fundamentais seja adequada para atingir uma finalidade constitucionalmente legítima. Portanto, pode-se afirmar que, a restrição ao direito deverá atender a dois requisitos; o primeiro deve ter por objetivo alcançar um fim constitucionalmente legítimo; e o segundo requisito deve visar um meio adequado para se chegar à finalidade desejada ²⁶.

A máxima da adequação estabelece uma ligação empírica entre o meio e o fim, devendo o meio alcançar o objetivo final, impondo que o administrador faça o uso de um meio adequado que possa colaborar de forma gradual para atingir o fim ²⁷.

Cumpra ressaltar que, de fato, a adequação exclui os meios não adequados, possuindo um conteúdo de critério negativo, ou seja, através de uma análise do que pode ou não ser adequado, a máxima elimina todas as possibilidades inadequadas que levarão à finalidade. Desse modo, o critério negativo estabelece a noção de uma ordem, excluindo aquilo que não é adequado, porém, não determina tudo ²⁸.

Como dito anteriormente, a adequação impõe que determinado dispositivo legal que restrinja algum direito seja direcionado a uma finalidade constitucionalmente legítima e, ao realizar uma análise da

²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 363-364. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/01/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 210.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 590.

tipificação do aborto, o exame da adequação visa compreender se a criminalização da interrupção da gravidez é a medida adequada para salvaguardar a vida do feto ²⁹.

Sobre o assunto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou em seu voto-vista, no HC nº 124.306 ³⁰, que é necessário verificar se a criminalização realmente protege a vida do nascituro. Ainda, enfatizou que as taxas de aborto nos países que permitem o procedimento não diferem muito das taxas dos países que criminalizam a prática. Salientou que a criminalização impacta diretamente na diminuição dos procedimentos abortivos seguros e, que em razão disto, aumenta a quantidade de mulheres que têm alguma complicação ou que morrem em decorrência do procedimento clandestino. Ressaltou que a criminalização do aborto é um problema de saúde pública e, ainda, que existem dificuldades em efetivar a proibição, de forma que não há como fiscalizar e impedir que seja feito. O Ministro concluiu que o papel adequado do Estado não é escolher um lado e exigir um entendimento único sobre o assunto, mas deixar com que as mulheres façam as suas escolhas.

Em síntese, o teste da adequação requer uma justificativa para a limitação dos direitos das mulheres, em outras palavras, a adequação impõe que a tipificação penal do aborto, a qual acaba por restringir direitos constitucionais da mulher, atinja ao menos uma finalidade legítima que justifique as consequências. Qualquer norma que deixe de cumprir os requisitos da adequação e, principalmente, institua uma restrição de

²⁹ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 23. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

³⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 22-23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

direitos deixando de beneficiar outro, deve ser considerada inconstitucional ³¹.

De acordo com o que fora exposto, é importante destacar que a legislação sobre o aborto acaba por não atingir um fim legítimo, de forma que não justifica a restrição dos direitos fundamentais das mulheres, porém, se faz necessário analisar as outras máximas para determinar se o princípio da proporcionalidade está sendo aplicado da forma correta.

3.2. Máxima da necessidade

A máxima da necessidade implica na constatação de existência de meios diferentes daquele definido pelo Poder Público, desde que viabilizem equitativamente o fim e que restrinja de forma mais amena os direitos fundamentais envolvidos. Dessa forma, a necessidade abrange dois pontos de análise, o exame da igualdade de adequação dos meios e o do meio menos restritivo. O exame de igualdade de adequação é utilizado para averiguar se os meios alternativos existentes podem alcançar igualmente a finalidade. O exame do meio menos restritivo, por sua vez, é utilizado para verificar se estes meios alternativos restringem com menos intensidade os direitos fundamentais envolvidos ³².

A máxima da necessidade determina que, se coexistirem dois ou mais meios adequados, seja escolhido aquele que atinja de forma menos intensa os direitos fundamentais envolvidos ³³.

Ao contrário do que acontece na máxima da adequação, na necessidade não é realizada uma eliminação de meios, devendo ser

³¹ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 29. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 216-217.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 590.

analisados os meios alternativos e, dentre estes, escolher o menos invasivo. Cumpre ressaltar que, o legislador não está vinculado ao meio que possui menor intensidade, podendo este adotar o meio menos agressivo, evitando que ocorram sacrifícios desnecessários de ambas as partes ³⁴.

No âmbito do direito penal, a máxima da necessidade se manifesta através do famoso princípio da *ultima ratio*, o qual determina que a ameaça de punição penal deve ser o último método a ser empregado pelo legislador. O conteúdo implícito desse princípio é de que há uma série de medidas de proteção, as quais podem ser menos ou mais agressivas. Desse modo, o legislador deve optar pelos meios menos agressivos, mas que, simultaneamente, sejam efetivos ³⁵.

Para que seja feita uma análise com base no princípio da proporcionalidade, é fundamental realizar uma comparação entre as medidas jurídicas de proteção, sem, portanto, presumir que o meio mais intenso é o mais efetivo. A análise demanda conhecimento e compreensão das causas de interrupção de gestação, como também, exige um entendimento dos meios de prevenção existentes. No exame da necessidade, deve-se levar em consideração a vivência dos países que, mesmo com legislações menos invasivas, obtiveram uma redução significativa das taxas de aborto. Desta forma, não é possível sustentar que a legislação penal mais invasiva seja necessária se o objetivo principal é reduzir as taxas do aborto ³⁶.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 591.

³⁵ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 30. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

³⁶ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

Em seu voto-vista, no HC 124.306³⁷, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, ao aplicar a máxima da necessidade no caso do aborto, é indispensável averiguar se existem outros meios alternativos que assegure o direito à vida do nascituro, mas que tenham restrições menores com relação aos direitos das mulheres, isso porque a criminalização do aborto viola uma gama de direitos das mulheres e, ainda, acarreta na discriminação das mulheres menos afortunadas. Com relação à eficácia da criminalização do aborto, o Ministro relatou que:

[...] ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida³⁸.

Se há indícios de que a criminalização é o meio adequado para reduzir as taxas de aborto e enaltecer a vida humana, a premissa seguinte que deve ser observada resume-se em verificar se a criminalização do aborto caracteriza meio necessário para alcançar a finalidade. Seguindo os parâmetros da proporcionalidade, o Poder Judiciário deve questionar se existem meios alternativos menos invasivos e, se estes meios alternativos possuem igual ou maior eficácia do que a criminalização para atingir o fim desejado. Se a conclusão desta análise for positiva, a criminalização deverá

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 24. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁸ *Ibidem*.

ser considerada desproporcional por restringir os direitos das mulheres de forma desnecessária ³⁹.

Como já dito anteriormente, o exame da necessidade determina que seja utilizado o meio alternativo menos invasivo e igualmente eficaz para alcançar a finalidade desejada. A partir disto, chega-se à conclusão de que a criminalização não pode ser conhecida como o único meio eficiente de proteger a vida do nascituro, isso porque, as medidas punitivas devem ser utilizadas como último recurso, sendo necessário analisar outros meios alternativos que sejam capazes de salvaguardar, na mesma intensidade, a vida do feto e sem restringir de forma agressiva os direitos fundamentais das mulheres.

Ainda, é importante discorrer acerca da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que esta máxima tem por objetivo fazer uma ponderação entre a adequação e a necessidade.

3.3. Máxima da proporcionalidade em sentido estrito

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito impõe que seja feita uma comparação entre a relevância da finalidade e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais envolvidos. O questionamento a ser feito é se o nível de importância da finalidade justifica o nível de restrição gerado aos direitos fundamentais. Em suma, é relevante verificar se os benefícios produzidos ao atingir a finalidade são proporcionais aos prejuízos gerados pelo emprego do meio ⁴⁰.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito simboliza a otimização quanto aos direitos fundamentais envolvidos. É possível dizer

³⁹ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 29. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 219.

que esta máxima é semelhante à lei do sopesamento, o qual tem como objetivo justificar a restrição de um direito através da importância de outro⁴¹.

Ainda, sobre a lei do sopesamento, é possível dividi-la em três partes. Na primeira parte, deve ser analisado o nível de insatisfação ou de restrição de um dos direitos. Após, na segunda parte, verifica-se a relevância do contentamento do outro direito fundamental envolvido. Por último, na terceira parte, tem de ser analisado se a relevância da satisfação de um dos direitos fundamentais justifica a restrição do outro⁴².

A proporcionalidade em sentido estrito consiste na última etapa do vasto princípio da proporcionalidade, no qual será apreciado o juízo acerca da importância constitucional da regra incriminadora. Para alcançar esta última etapa, será necessário analisar, anteriormente, o tipo penal com relação a adequação e necessidade e, preenchidos todos os requisitos, far-se-á uma análise da proporcionalidade em sentido estrito, a qual terá por objetivo fazer uma comparação entre a finalidade desejada e o meio utilizado para atingi-la⁴³.

Ademais, é importante ressaltar que, grande parte da legislação que criminaliza o aborto durante o primeiro trimestre da gestação provavelmente não venceria os exames da adequação e da necessidade, em razão da carência de efetividade do delito no direito penal e a existência de meios alternativos menos invasivos. Em consequência disto, a legislação não deverá ser submetida ao exame da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁴.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008. p. 594.

⁴³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 169-170.

⁴⁴ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

O teste da proporcionalidade em sentido estrito tem por objetivo afirmar se os proveitos atingidos por uma determinada lei que restrinja um direito constitucional são superiores do que seus prejuízos. Cuida-se de um formato bruto de ponderação, no qual deverá ser questionado se os prejuízos causados por determinada lei se fundamentam em razão da finalidade legítima alcançada. Desse modo, é possível afirmar que o direito à vida do nascituro será beneficiado e, por conta disto, uma gama de direitos das mulheres serão prejudicados ⁴⁵.

Em seu voto-vista no HC 124.306 ⁴⁶, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que é necessário averiguar se as limitações causadas aos direitos fundamentais das mulheres consequentes da criminalização do aborto compensam o direito à vida do nascituro. Ainda, o referido Ministro disse que restou devidamente comprovado que a criminalização do aborto gera uma série de restrições aos direitos fundamentais das mulheres.

De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade ⁴⁷.

⁴⁵ UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. p. 33. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 25. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. p. 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso assegurou que a criminalização do aborto não promove o grau desejado de proteção aos direitos do nascituro, isso porque, não pode ser uma medida considerada capaz de diminuir as taxas do procedimento abortivo. Além disto, o referido Ministro reiterou que a relevância do direito à vida do feto varia conforme o desenvolvimento da gestação, de modo que adquire maior importância quando possui viabilidade extrauterina e, ao sopesar os custos e benefícios da criminalização do aborto, resta comprovada a ilegitimidade constitucional deste delito, por acarretar em mais prejuízos as mulheres e custos sociais do que trazer benefícios ⁴⁸.

Por fim, o Ministro alegou que a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada durante o primeiro trimestre de gestação, podendo assim, conferir uma proteção suficiente aos direitos das mulheres e à vida do nascituro ⁴⁹.

A partir de uma análise mais específica do princípio da proporcionalidade e de suas máximas, é possível dizer que a criminalização do delito de aborto não é o melhor meio a ser escolhido para conferir a proteção devida ao direito à vida do nascituro, isso porque pode ocasionar em diversos prejuízos aos direitos das mulheres e, ainda, não atinge o nível desejado de proteção do feto.

Conclusão

Atualmente, é possível afirmar que as antinomias jurídicas ocorrem constantemente, isto porque, as Constituições contemporâneas são complexas e, em razão da pluralidade de valores, interesses e direitos previstos, acabam por provocar os mais variados conflitos. Para solucionar estes conflitos, não é possível utilizar os parâmetros tradicionais de

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

resolução, considerando que estes direitos, interesses e valores inseridos nas cartas constitucionais não estão incorporados nos planos de validade e vigência.

O mesmo se aplica ao caso do aborto, visto que os direitos que estão colidindo estão previstos na Constituição Federal, dentre eles estão o direito à vida do nascituro e o direito à autonomia da mulher e, são considerados como direitos fundamentais.

Diante do conflito existente entre os direitos da mulher e os direitos do nascituro, foi necessário utilizar o princípio da proporcionalidade e suas máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para aferir a compatibilidade da legislação penal com a Constituição Federal (CF). A proporcionalidade é considerada como um instrumento de controle de constitucionalidade, tendo por objetivo analisar as restrições dos direitos fundamentais, as medidas aplicadas e a finalidade alcançada, evitando que haja alguma restrição desproporcional dos direitos envolvidos.

A máxima da adequação determina que exista uma equidade entre o meio que será empregado e a finalidade que se buscará atingir, devendo esta alcançar um fim constitucionalmente legítimo. No caso do aborto, o exame da adequação busca compreender se a criminalização da interrupção da gestação é a medida mais adequada. Contudo, é possível afirmar que a criminalização do delito de aborto não impede que as mulheres realizem o procedimento, de modo que não põe a salvo o direito à vida do nascituro, deixando de atingir uma finalidade constitucionalmente legítima.

A máxima da necessidade baseia-se na verificação de existência de meios alternativos que atinjam igualmente a mesma finalidade e restrinjam de modo menos intenso os direitos fundamentais envolvidos. Ao aplicar a máxima da necessidade no caso do aborto, concluí-se que

existem outros meios que restringem de forma menos intensa os direitos fundamentais das mulheres, visto que a criminalização não é o meio mais efetivo para proteger a vida do nascituro. Ademais, é importante destacar que, o exame da necessidade fundamenta-se no princípio da *ultima ratio*, de modo que a punição penal deve ser empregada somente se não houver meio alternativo cabível.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito determina que exista uma justificativa para a restrição dos direitos fundamentais envolvidos. Neste caso, a criminalização do aborto não é o meio mais adequado e necessário, motivo pelo qual a restrição desproporcional dos direitos fundamentais das mulheres não serve como justificativa para atingir a finalidade de proteger os direitos do nascituro.

Diante do exposto, é plausível dizer que a criminalização do delito de aborto, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e suas máximas, não está em conformidade com a Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser reexaminada.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SuhrkampVerlao, 1986; tradução de Virgílio Afonso da Silva – São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/3!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 124.306. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29

de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 07 abr. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 19 mar. 2021.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/cfi/6/10!/4/2@0:0>. Acesso em: 11 mar. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Ed. Juspódivm, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 mar. 2021.

UNDURRAGA, Verônica. **O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto**. 2016. Tradução de Cristina Telles. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160/18097>. Acesso em: 02 mar. 2021.

ADPF 153 e STF: quando a aplicação equivocada do pensamento hermenêutico resultou em esquecer um momento de terror brasileiro

*Mariana Kovara Jung*¹
*Emerson de Lima Pinto*²

1. Introdução

Desde que o mundo tornou-se humanizado, presenciou diversos tipos de evoluções. O homem saiu das cavernas e descobriu-se um ser sociável, entretanto, descobriu também, que a vida em sociedade pode ser difícil quando não há regramentos que controlem as ações dos indivíduos que a compõe. O passar do tempo permitiu que chegássemos até o momento em que vivemos, porém, foram exigidas alterações para a continuidade das sociedades.

Nesse viés, o direito necessitou conhecer e reconhecer os novos tempos para que pudesse continuar possuindo validade. Dessa forma, os operadores do direito, desde os primórdios, precisaram entender os movimentos sociais, interpretá-los, compreendê-los, para então elaborar os textos normativos a fim de melhor adequá-los ao cotidiano.

Com o passar do tempo, percebeu-se que os textos normativos poderiam abranger diversos significados, sendo impositivo assim, a necessidade de criar uma metodologia que permitisse estudar as normas a ponto de conhecer seu real significado.

¹ Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Pós-graduanda em Direito Constitucional. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário CESUCA. Administradora pelo Centro Universitário CESUCA.

² Pós-doutor em Direito UNISINOS. Doutor em Filosofia e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Ciências Penais PUCRS. Especialista em História da Filosofia UNISINOS. Advogado. Professor no Centro Universitário CESUCA e da FACCAT.

Dessa metodologia surgiu a hermenêutica, também denominada como a arte da interpretação. A hermenêutica é uma ferramenta que auxilia o intérprete na busca pela compreensão do texto, elencando critérios valorativos que permitam um aprofundamento de conhecimento, possibilitando que o texto a ser desvendado seja analisado conforme o momento em que foi publicado, como o tempo, o lugar, as pessoas e a situação em que se encontravam, dentre outros aspectos.

Diante desse contexto, muito se utiliza a hermenêutica para compreender fatos do passado, justamente pela fusão de perspectivas, permitindo o conhecimento de diversos olhares sobre o mesmo assunto, possibilitando maior amplitude interpretativa.

Nessa linha, será abordado um breve contexto sobre os pilares da hermenêutica, visando proporcionar ao leitor, maior conexão com o tema discutido, para assim, encaminhá-lo ao tópico estudado, qual seja, o erro de aplicação do pensamento hermenêutico, que, por um equívoco, resultou na falta de providências dos ministros do STF quanto a punição dos agentes criminosos durante o período da ditadura militar, momento que até hoje causa irrisignação no povo brasileiro.

2. Interpretação e ordem jurídica

Conforme Reale, direito pode ser conceituado como direção, ligação e obrigatoriedade de um comportamento, conseqüentemente, é um fato ou fenômeno social, pois advém da sociedade e não existe fora dela. Dessarte, o direito se apresenta “sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas”.³

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2-3.

Quando há a necessidade de se aplicar o Direito, é imperioso que resulte na fixação de sentido da norma que se irá aplicar, portanto, a interpretação das normas é fundamental. A interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito”⁴, devendo a norma corresponder exatamente ao caso concreto, isto é, se o caso concreto, eventualmente for a violação de um preceito fundamental, tal ocorrência terá incidência das normativas presentes na Constituição. Comumente, “Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um dos seus membros. [...], quem age de conformidade com essas regras comporta-se *direito*; quem não o faz, age *torto*”.⁵

Entende-se por interpretação⁶, a fixação de sentido naquilo que se pretende desvendar, entretanto, a interpretação não conduz somente a uma única solução correta, mas a uma amplitude de soluções que poderão ser discutidas até que se verifique qual a melhor alternativa. Kelsen alega que o ordenamento jurídico não é somente um aglomerado de normas que regulamentam condutas, para que o direito realmente possa fazer sentido, necessário é que os princípios, regras e valores sejam elencados também na interpretação. O direito é considerado como um sistema aberto, no qual a validade se dá através de diferentes “elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais”, vê-se então, como algo interativo, que não suporta barreiras rígidas entre o objetivo e o subjetivo.⁷

De acordo com Kelsen, a “sociedade nada mais é que uma ordem social”⁸, visto que é mediante a sociedade que são impostas quais são os

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2003, p. 387.

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2003, p. 390-1.

⁷ KELSEN, 2003, p. 274.

⁸ KELSEN, 2003, p. 21.

comportamentos permitidos e quais serão as medidas de coerção caso haja violação de alguma proibição. O direito “assegura uma paz relativa, [...] na medida em que priva os indivíduos do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade”⁹. Ainda, a paz do direito não é estabelecida mediante a ausência da força, mas sim, pelo seu direcionamento a um centralizador que monopolize a força da comunidade.

O Direito, com certeza, é uma ordenação que tem como fim a promoção da paz, na medida em que proíbe o uso da força nas relações entre os membros da comunidade. Contudo ele não exclui absolutamente o uso da força. O Direito e a força não devem ser compreendidos como absolutamente antagônicos. O Direito é organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O Direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada ‘proibida’; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou – o que equivale dizer o mesmo – como um órgão da comunidade constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz o uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade.¹⁰

Bergel afirma que é frequente que as funções do direito sejam deixadas de lado, apenas objetivando as eficácias imediatas das soluções. Todo ordenamento jurídico busca descobrir o sentido de sua existência por meio de valores sociais, e esses pregam, por exemplo, a justiça, a segurança jurídica, o progresso social, e outros ideais que representam características para se alcançar uma sociedade com possibilidades de crescimento da sua

⁹ KELSEN, 2003. p. 31.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2003. p. 30.

população. O raciocínio jurídico não pode ser reduzido a uma mera dedução lógica de sentido, pois, na realidade, é um constante confronto analítico entre o valor de uma solução e a coerência que este determinado valor possui para o mundo jurídico.¹¹

A utilidade do direito¹² corresponde à máxima de alcançar a satisfação do maior número de pessoas possível, buscando evitar dor e sofrimento. Para que tal máxima seja atingida, o direito consiste em avaliar critérios qualitativos das ações sobre as consequências para a vida social ou individual. Reale menciona em sua obra que o direito é um sistema de normas ou regras jurídicas que expressam comportamentos, expondo aos homens formas e possibilidades de agir.¹³

O caráter democrático implica uma alteração do conteúdo do Estado de direito, agregando esta característica em todos os elementos constitutivos do Estado. A democracia foi introduzida no Estado constitucional como forma de limitar o poder, concretizar os direitos individuais e sociais, bem como de legitimar o poder do povo, já que mister esclarecer de onde advém o poder e, por meio, do princípio da soberania popular que o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular resta assegurado¹⁴. Logo, diversamente do que ocorria antes, no Estado Democrático o sentido da democracia não está mais associado única e exclusivamente à democracia representativa, uma vez que tal não tem o condão de efetivar a democracia por si só. Se a soberania é a qualidade do supremo poder popular, será através de vários instrumentos democráticos a forma de efetivação do poder popular e, por

¹¹ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 22.

¹² BERGEL, 2001, p. 23.

¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 100.

fim, do cumprimento da democracia. O modelo da democracia moderna inclui fórmulas de democracia direta combinadas com a representação política, assim como fórmulas semidiretas, visando reestruturar o Estado moderno, até então, em crise.¹⁵

O intérprete do direito deve desvincular a compreensão do sistema jurídico do texto legislado e deter-se nas mudanças cotidianas, resultantes da própria evolução e mudança social.¹⁶ O direito tem sua riqueza valorativa nas discussões sobre atualidades, pois é assim que os conteúdos serão legitimados e fundamentados. Em outras palavras, para que o direito possa surtir o efeito desejado, é necessário que haja uma constante atualização das condutas e valores sociais. Como um simples exemplo, tem-se o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal Brasileira, que dispõe que a correspondência e as comunicações telegráficas tem seu sigilo assegurado, quando promulgada, estas eram as comunicações, entretanto, atualmente, tal sigilo se estende para o uso das comunicações virtuais, algo que à época, era impensado.

A interpretação sistemática é o tipo de interpretação que, além de relevar os significados das normatizações, permite que o sujeito (juiz) ou intérprete do direito possa participar de sua estrutura, dando-lhe sentido conforme o momento vivido. Assim, é possível entender que toda interpretação jurídica advém de um processo tópico e sistemático, que absorve as circunstâncias do caso a caso para a adaptação da melhor solução¹⁷. Assegura-se, dessa maneira, que a interpretação sistemática deve produzir relevante universalidade, estipulando à normativa, eficácia

¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 56-7.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

jurídica, ética e social.¹⁸ Entretanto, cumpre ressaltar que mesmo que a interpretação sistemática do direito englobe métodos analíticos e resguarde todos elementos a fim de salvaguardar percepções que tenham a eficácia como finalidade, não se pode considera-la uma mera interpretação jurídica, pois, é mediante a interpretação sistêmica, “quando entendida em profundidade”, que se dá o processo hermenêutico.¹⁹

A concepção inicial de hermenêutica era generalizada²⁰, tendo como objeto a linguagem falada bem como a linguagem escrita, descrevendo como a “arte da compreensão correta do discurso de um outro”, tratando-se apenas de buscar a significação do texto. Entretanto, foi agregada uma visão filosófica à hermenêutica, argumentando que a compreensão está intimamente conectada com falar, portanto, a hermenêutica é uma arte filosófica, pois busca analisar desde a essência do texto, perguntando-se como deve ser interpretado o texto e ainda questiona qual o tipo de resultado que será obtido e como isso ocorre.²¹ Em sua magnitude, a hermenêutica está vinculada a todos os processos de compreensão, não apenas no âmbito da interpretação jurídica.²² Para Gadamer²³, dentre os modelos fundamentais para a compreensão está a *mediação* que consiste no fato de que se assevera para concluir que nenhum objeto é compreendido na totalidade de seu sentido, mas parcialmente, ou seja, a compreensão é influenciada pelo prisma sob o qual o hermeneuta o analisa. É o desvelamento de *algo como algo*. Há uma pluralidade de

¹⁸ FREITAS, 2002. p. 68-9.

¹⁹ FREITAS, 2002. p. 71-4.

²⁰ BRAIDA, Celso R. In: SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica** – Arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 10. d. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 9-17.

²¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – Arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 10. d. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, p. 25-6.

²² SCHLEIERMACHER, 2015, p. 33.

²³ GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Vozes. 2002, p. 463.

camadas de sentido, implicando dizer que por meio do processo da mediação pode-se obter a compreensão plena do objeto em razão da distância temporal. O curso do processo interpretativo é de reconhecimento, ou melhor, de conhecer outra vez o objeto sob análise, aí resultando na relevância da situação histórica do elemento interpretado e da tradição na qual o intérprete está incluso, em *mediação* com o horizonte presente, este já saturado pela compreensão precedente.

Com a evolução do pensamento hermenêutico, ela foi introduzida como uma ciência aos saberes humanos, transformando-a na arte da compreensão. A leitura de um texto passou a interagir, também, com o autor que o transmitiu, almejando alcançar não só o sentido literal do texto, mas a intenção originária de sua explanação.²⁴ Conhecida a base do entendimento hermenêutico, é possível dizer que o problema surge na dificuldade de satisfazer uma exigência geral, sobretudo para identificação de significados. O questionamento tange na forma que o intérprete deve interagir com o texto e com as informações referentes a sua história. Para que haja uma compreensão correta do que é interpretado, a hermenêutica impõe critérios limítrofes para afastar as possibilidades de mal-entendidos. Tal delimitação afirma que “*a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão*, e já se encontra sempre codeterminada por esta”²⁵. Com isso, é necessário que o intérprete deixe o texto conduzi-lo.

A proposta da tarefa hermenêutica é restabelecer o entendimento onde não há ou onde o entendimento foi distorcido²⁶, dessa forma, os

²⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21.

²⁵ GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 358.

²⁶ GADAMER, 2011, p. 387.

preconceitos²⁷ e opiniões prévias que ocupam a mente do intérprete não encontram espaço na teoria hermenêutica, pois não está em condições de distinguir as concepções que tornam possível a compreensão, uma vez que a consciência do intérprete esteja ocupada com tais questões, essas obstaculizam a compreensão, levando a mal-entendidos. Nessa ótica, a hermenêutica se depara com a distância temporal entre o momento em que o texto foi elaborado e o momento em que será interpretado. Entretanto, ao invés da distância possuir carga negativa à interpretação, ela permite uma visão completa e verdadeira do sentido. A distância temporal possibilita uma análise ampla, em constante movimento e expansão. Essa distância além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta.²⁸ Assim, tem-se que a distância entre fato e interpretação é um aliado para que compreensão do texto se dê de forma correta, pois ela permite a visão dos fatores de forma macro. Entretanto, imperioso salientar que a distância não é o único problema que o estudo hermenêutico enfrenta. Outro problema, é a errônea ideia que a interpretação é um ato posterior à compreensão, um ato complementar, porém, compreender é sempre interpretar, e conseqüentemente, a interpretação é uma forma explícita da compreensão. Dessa maneira, o problema hermenêutico não está ligado ao domínio correto da linguagem, mas na forma correta de abordar do assunto e na maneira em que o intérprete recebe o texto.

Segundo o pensamento de Streck, “a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter

²⁷ GADAMER, 2011. p. 368. Cf. Gadamer, preconceitos são precipitações, sendo essas as verdadeiras fontes de equívocos que induzem o intérprete ao erro no uso de sua própria razão.

²⁸ GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 394-395.

o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”²⁹ Nesta perspectiva, tem-se que a Constituição é tanto o ser, bem como o dever ser, ela significa mais do que apenas o texto transcrito. Hesse³⁰ argumenta que a Constituição busca expressar ordem e conformação à realidade política e social.

Muito embora se deva refutar uma autonomia da interpretação constitucional, até mesmo por exigência da unidade do sistema jurídico, integrado pelas normas constitucionais, também é verdade que a posição ocupada pela constituição na ordem jurídica, no plano da hierarquia das fontes do direito, por si só já indica que a interpretação constitucional implica uma atenção especial.³¹

Sarlet enfatiza que assim como o direito em geral, a Constituição também deve ser compreendida, o texto constitucional não é um texto autoevidente, de forma que “a interpretação das normas constitucionais situa-se no contexto mais amplo da interpretação das normas jurídicas”³², de modo a observar suas peculiaridades ou métodos e princípios diferenciados de interpretação.

A interpretação constitucional, baseado em Hesse, é necessária sempre que uma questão constitucional não permite que a resposta seja conclusiva. Ainda, a interpretação é fundamental devido a amplitude do texto constitucional, dessa forma, os problemas de interpretação são mais frequentes do que se comparado aos outros setores do ordenamento jurídico.³³

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 111.

³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 15.

³¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 16.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 217.

³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, p. 102-3.

Mediante as bibliografias consultadas, os estudos hermenêuticos instruem que, para que seja realizada uma interpretação correta, é necessário alinhar os elementos correspondentes à situação. Entretanto, em nossa história, podemos observar um erro grosseiro à aplicação hermenêutica, num assunto delicado que até hoje apresenta profundas sequelas. Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), alegando erros na aplicação da Lei da Anistia, Lei 6.683/79.

O STF analisou que a interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente, operando a inserção do Direito na própria vida. Com a interpretação se expõe uma situação determinada. As normas resultam da interpretação, entretanto, enquanto apenas textos ou enunciados, elas não dizem nada, elas só produzem sentido quando os intérpretes dizem o que elas dizem. Desse modo, é possível assegurar que todo texto é obscuro até o momento de sua interpretação, isto é, o momento de sua transformação em norma. Observar a clareza de uma lei, não é uma premissa, mas o resultado de uma interpretação, na medida em que pode se afirmar que a lei somente é clara após ter sido interpretada. O Estado Democrático deixará de ser um ideal utópico para muitas sociedades, convertendo-se na expressão concreta de uma ordem social justa, por meio da abolição da rigidez formal, da supremacia da vontade do povo, da preservação da liberdade e da preservação da igualdade³⁴. Com efeito, o processo decisório cada vez mais burocratizante, afasta da sociedade a oportunidade de repartir e debater a respeito de assuntos que lhe são pertinentes³⁵. A liberdade

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 257-9.

³⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 200.

individual, da mesma forma, distancia a concretização do ideal democrático, ao passo que o pluralismo social se harmoniza, considerando que sua base é uma forte consciência de solidariedade³⁶.

3. A Lei da Anistia e o erro da compreensão hermenêutica

Durante 1950, iniciou-se um processo de “construção, no imaginário social, da figura do traidor da pátria, representada pelo comunista ou pelo cidadão simpatizante com o pensamento de esquerda, como grave ameaça ao poder instituído”. Em meio a essa criação, começa-se a consagração de valores nacionais da pátria, como a família e a propriedade privada, pois esses estariam ameaçados pelo comunismo.³⁷ No mesmo período, Juscelino Kubitschek promove um programa de metas visando a modernização do País, sob o *slogan*: desenvolvimento de 50 anos em cinco. Entretanto, apesar do otimismo desenvolvimentista, por volta de 1958, decorrente do endividamento externo e de uma corrida inflacionária, surge uma crise econômica, que acaba gerando temor nas famílias brasileiras e destruindo os valores nacionais.³⁸

O Brasil, a partir de 1964, ingressou em um momento de terrorismo de Estado, no qual pessoas foram presas ilegalmente, extorquidas, assassinadas e “suicidadas”, torturadas e submetidas a abusos sexuais, devido suas razões políticas, desde a militância armada como simples “delitos de opinião”. Esse período se deu durante o regime militar, especialmente após a implementação do AI-5.³⁹ Os “anos dourados” passam a ser considerados como “anos de chumbo”. A data de 31 de março

³⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 94-5.

³⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Capítulo I, p. 34-7.

³⁸ BRASIL, 2010. Capítulo II, p. 34-7.

³⁹ BRASIL, 2010. Capítulo I, p. 20-33.

de 1964, foi marcada tanto pelo engajamento político bem como pela resistência ideológica.⁴⁰ Nesse dia, forças militares derrubaram o governo constitucional, representando o conservadorismo do País. João Goulart foi exilado, assumindo como Presidente do País, o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzili.⁴¹ A doutrina de Segurança Nacional surge como um suporte desse período, sua criação era uma represália às demandas ideológicas, objetivando “eliminar os opositores que ousavam enfrentar o arsenal de guerra montado pelo regime ditatorial”.⁴² Logo da derrubada do governo constitucional, os militares inseriram nas diretrizes brasileiras uma série de Atos Institucionais (AI) voltados a aparentar uma legalidade na prática dos seus atos. Os AI, mutilaram o caráter democrático nacional e instituíram um Estado burocrático autoritário.⁴³

Barbosa⁴⁴ assegura que, pouco antes de 1968, iniciou-se uma nova estratégia de poder na estrutura militar com a criação do SNI – Serviço Nacional de Informações, que, ligado diretamente ao Presidente da República, com membros civis e militares, possuía função de localizar, prender e “destruir os inimigos do regime”, tornando lícita a prática de qualquer meio para isolá-los de suas possíveis bases de ação. Dessa forma, o regime militar passou a utilizar a prática de tortura:

A nova estratégia de poder invade a década de 1970 e a clandestinidade, o exílio, a tortura e a prisão no Brasil dos anos 1970 passam a constituir situações-limite produzidas com a transformação da polícia em instrumento político, em braço armado da ditadura militar, estabelecendo novas

⁴⁰ BRASIL, Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Capítulo II, p. 34-57.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 146.

⁴² BRASIL, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

⁴³ STRECK, 2018, p. 146.

⁴⁴ BRASIL, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

correlações de forças, cujas técnicas de violência manifestariam uma síndrome do gosto pela brutalidade.⁴⁵

Em dezembro de 1968⁴⁶, Governo Militar decretou o Ato Institucional nº 5, no qual possibilitou ao então Presidente da República, determinar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, tanto em estado de sítio bem como fora dela; suspender os direitos políticos dos cidadãos pelo prazo de 10 anos; e, cassar mandados eletivos federais, estaduais e municipais. Dentre outras arbitrariedades, permitiu poderes ao Presidente da República para confiscar bens dos cidadãos e suspender o direito de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, e, para que não houvesse intervenções jurídicas nestas disposições, o AI 5 excluiu a possibilidade de apreciação judicial a todos os atos praticados conforme seu texto. Além desse cenário, o Ato Institucional 5 propiciou a legalização da clandestinidade, exílio, das prisões ilegais, dos desaparecimentos forçados e das torturas a todo cidadão que demonstrava indignação frente as novas práticas do governo. Assim, acerca dos legitimados para exercer o controle preventivo afirma Alexandre de Moraes⁴⁷ “Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo produziram o denominado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico”. De outro lado, a respeito do objeto do controle político, necessário transcrever as palavras de Clève⁴⁸ “Diz-se que uma lei é

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

⁴⁶ BRASIL, 2010. Capítulo I, [p. 34-57](#).

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p.725.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.39.

formalmente inconstitucional quando elaborada por órgão incompetente ou quando segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição”.

Após anos de brutalidade calada, duas mortes tornaram-se marcantes para que a revolta contra o Governo Militar ganhasse voz. O jornalista Vladimir Herzog e o operário Manoel Fiel Filho, foram considerados “suicidas” enquanto estavam nas dependências do Doi-Codi – Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna, entretanto as mortes foram causadas devido a tortura.⁴⁹ Esses episódios causaram revolta nos brasileiros e deram início a um movimento de retirada pacífica dos militares.⁵⁰ Nesse contexto, Barbosa⁵¹ comenta sobre a extinção da AI 5:

[...] em 1978, ocorre a revogação do Ato Institucional nº 5; nessa mesma ocasião, o juiz Márcio José de Moraes profere sentença, condenando a União Federal pela prisão ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog. Desnudou-se a farsa do ‘suicídio’. Foi o primeiro reconhecimento pelo Estado brasileiro, através do Poder Judiciário, da prática da prisão ilegal, tortura e morte nos cárceres dos opositores da ditadura. A ratificação do reconhecimento da barbárie veio a ocorrer, novamente, em 18 de dezembro de 1980, quando então foi prolatada a sentença, pelo juiz Jorge Flaquer Scartezini, condenando a União Federal pela prisão ilegal, tortura e morte de Manoel Fiel Filho.

A reação a esses fatos resultou na promulgação da Lei da Anistia, Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, que foi procedida de uma enorme campanha de forças progressistas. A lei reconhecia uma anistia ampla, geral e irrestrita, entretanto o Congresso aprovou uma anistia limitada. A anistia pode ser considerada uma amnésia, esquecimento. No campo

⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

⁵⁰ BRASIL, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

⁵¹ BRASIL, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

político-jurídico, a anistia é uma declaração de “apagar” um crime. A anistia é uma das maneiras pelas quais o Estado pode deixar de aplicar sanções contra aquele que transgredir a lei.⁵² Nesse sentido cita-se Gilmar Ferreira Mendes:

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado⁵³.

Barbosa expõe que, apesar de limitada, a Lei da Anistia representou um avanço significativo na luta pela democracia. O artigo 1º dessa Lei concedia anistia a todos quantos que, no período entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, dentre outros, crimes políticos ou conexos com estes. Para que pudesse ser aplicada, os crimes políticos ou conexos, foram considerados aqueles praticados por motivação política. Executando assim, benefícios a todos que foram condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.⁵⁴

Infelizmente, devido a Lei da Anistia, diversos crimes foram apagados da memória, deixando o agente totalmente ileso de seus atos e a vítima, ou seus sucessores com um terrível sentimento de injustiça e descrença na legislação brasileira. Tal foi a insatisfação que, mesmo com o passar dos anos, o sentimento de impunidade ainda era presente e forte na lembrança

⁵² PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. São Paulo: Manole, 2012, p. 111.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1031.

⁵⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Capítulo I, p. 34-57.

das pessoas que sofreram com todos os horrores. Desta forma, a busca de consolo se deu de forma judicial, com o ingresso de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que, mesmo possuindo caráter legítimo de reivindicação, teve sua intenção indeferida devido à falta de humanidade de seus apreciadores. Acerca da imprescindibilidade da questão constitucional como prejudicial de mérito no controle difuso, deve-se citar Streck:

O que ocorre – e esse é o busílis da questão – é que o controle difuso tem, na sua *ratio*, sempre uma questão prejudicial. E essa questão prejudicial tem a ver com o conteúdo de uma ação. Tanto é que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que, quando do controle difuso se tratar, não de uma questão prejudicial, mas de apenas diretamente de inconstitucionalidade, esse ato não terá guarida no sistema de controle. Simples, pois.⁵⁵

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental por controvérsia constitucional, questionando se, para os agentes públicos praticantes de outros crimes - como homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor - contra opositores políticos ao regime militar, haveria, ou não, anistia. O arguente sustentou que a controvérsia constitucional deu-se pela divergência de entendimentos do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa, cabendo ao Poder Judiciário deslindar a questão.

A validade da questão afetaria e violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil. A anistia dos diversos agentes públicos responsáveis pela prática dos crimes citados, implicaria na quebra de, principalmente

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014, p. 527.

três, preceitos, sendo eles: I - o dever do Poder Público de não ocultar a verdade; II - aos princípios democrático e republicano; e III - ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceito este que, é irreparável quando violado. Desta forma, requereu-se então, à Corte, que desse a devida interpretação conforme a Constituição Federal para a Lei 6.683, declarando não anistiados os agentes públicos que cometeram ou comandaram atos violentos. O Ministro Eros Grau, relator da ADPF, alegou que a Lei 6.683/79, foi aprovada na forma de projeto de lei pelo Congresso Nacional, e teria exaurido seus efeitos no instante que ingressou no “mundo jurídico”, ainda que na vigência da constituição anterior à atual.⁵⁶

Tamanha a grandeza da questão, a Associação Juizes para a Democracia requereu o seu ingresso ao feito, como *amicus curiae*, afirmando o cabimento da ADPF e postulando à Corte o reconhecimento da inexistência de conexão entre os atos delituosos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados durante o período proposto, afastando o § 1º do artigo 1º da citada lei, e sustentando que as situações concretas, não avaliadas, deveriam ser apuradas singularmente para a devida instrução penal. Ainda alegou que a interpretação extensiva da Lei da Anistia aos crimes comuns (desconexos), caracterizava a expansão da extinção da punibilidade aos agentes do regime militar e legitima a auto anistia.

O Ministro Eros Roberto Grau⁵⁷ iniciou seu voto alegando que foi satisfatoriamente demonstrada a existência de controvérsias quando da interpretação de reconhecimento da anistia aos agentes públicos que

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010.

⁵⁷ BRASIL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. 2010.

praticaram atos delituosos devido a repressão à dissidência política durante a ditadura militar, e sua validade perante a Constituição. Porém, tal assunto já teria sido apontado aos autos de notas técnicas, resultando suficiente para a interpretação conferida, assim rejeitou a preliminar. Quando a interpretação encontra o próprio conceito de ciência, com Gadamer, utilizado na decisão de Grau, reveste-se de profunda transformação onde os limites entre o saber teórico e aplicação prática que estabelece uma certa racionalidade prática que lança fundamentos que própria a compreensão da hermenêutica filosófica como filosofia prática:

A tensão entre saber teórico e aplicação prática, a qual se encontra no centro da questão, é, por seu lado, sempre vencida, na medida em que a ciência faz também com que a política de aplicação na respectiva área seja um tema e a trata como ciência aplicada. A mais alta representação total daquilo que designamos técnica possui esse caráter de ser ciência aplicada. Mas a tensão não desaparece com isso de modo algum, mas sim aumenta, como a regra acima citada faz notar. Pode-se formulá-la agora também da seguinte forma: quanto mais intensivamente a área de aplicação é racionalizada, mais falta o próprio exercício do juízo e, com isso, a experiência prática no seu verdadeiro sentido.⁵⁸

Assim sucederam as demais preliminares, todas rejeitas. Sustentou o relator que, a inicial deveria ter questionado o motivo pelo qual o complexo normativo relacionado a anistia não foi impugnado ao tempo da Assembleia Nacional Constituinte, convocada pelo § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 1985, que admitiu a anistia na Constituição de 1988; alegou a impossibilidade de cabimento da ADPF por estar voltada contra lei que já teve seus efeitos esgotados; justificou que o

⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **O Caráter Oculto da Saúde**. Petrópolis, RJ: Vozes. 2011, p. 26.

Supremo Tribunal Federal satisfizes-se com a indicação de autoridades⁵⁹ responsáveis pelos atos realizados, sendo-lhes destinadas as providências adequadas; na última preliminar rejeitada, afirmou que a ADPF teria inutilidade caso fosse decidida sua procedência, isto porque, os crimes que ainda não foram anistiados, já estariam prescritos no momento de seu julgamento, não resultando em nenhum efeito prático.

Com as preliminares rechaçadas, passou-se ao debate das primeiras considerações da inicial, alegando que nela existem duas linhas de argumentação, a primeira sustentando a contemplação de interpretação conforme à Constituição, visando declarar que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos a esses, não se estendem aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar; e o não recebimento da Lei n. 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988.

Tem-se como afirmação que a interpretação do disposto no § 1º do artigo 1º da lei, que a anistia seria conferida aos agentes públicos⁶⁰ praticantes de crimes comuns durante o regime militar. Importa destacar que a inicial abrangia a propositada obscuridade da redação do projeto lei, motivo esse pelo qual deveria ser dada nova interpretação, conforme a atual Constituição. Ainda, a Associação de Juízes sustentou a necessidade de se delinear o conceito de crimes políticos e quais crimes seriam conexos a estes, determinando sua extensão. Diante de tais arguições, o Ministro Eros Grau⁶¹ discorreu que, no tempo corrente, é possível distinguir os pensamentos sobre texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010.

⁶¹ BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. 2010.

e a dimensão normativa do fenômeno jurídico⁶². Aduziu que o intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. Dessa forma, a interpretação do Direito tem caráter constitutivo, não meramente declaratório, pois consiste na produção dos textos normativos a partir da realidade. O intérprete elabora normas jurídicas destinadas a solucionar determinados casos, solução essa realizada mediante a definição de uma norma de decisão. Destarte, interpretar/aplicar as normas é concretizar o Direito.

O relator⁶³ ainda anuncia que, se o questionamento é a extensão da anistia criminal aos agentes do Estado encarregados de repressão, sua revisão deveria ser procedida por quem resolveu estendê-la, ou seja, pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário. Dotado de argumentos históricos, o Ministro Grau, discorre que as atitudes tomadas naquele tempo, se deviam à luta para a redemocratização do país. Desta forma, segue a transcrição do discurso:

[...] A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto de Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la.⁶⁴

Frente a utilização dessa citação pelo Ministro Relator, há a sugestão que a introdução da Lei da Anistia se deu dessa forma – equiparando os

⁶² BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. 2010.

⁶³ BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. 2010.

⁶⁴ BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. 2010.

crimes comuns aos crimes políticos – devido a tensão histórica vivida, que naquele momento, não era possível que fossem realizadas investigações para apuração dos fatos, a necessidade era agir, entretanto, ressalta-se que nada foi dito a voltar a análise num momento posterior, no qual as tensões já estivessem dizimadas.

[...] A inflexão do regime [= a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia] deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia --- luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu “os culpados de sempre” a todos os que eram figuras notáveis como a do bravo senador Teotônio Vilela; luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, do que resultou o CBD (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o general Peri Bevilácqua, ex-ministro do STM [e foram tantos os que assinaram manifestos em favor do movimento militar!] --- a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História.⁶⁵

Entende-se, conforme o contexto descrito acima, que “a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História”, eis aqui uma questão peculiar, se a luta pela democracia, na qual o povo lutava por expressão, desencadeou uma nova concepção da Lei da Anistia, ela poderia ter sido elaborada conforme as necessidades que levavam o povo às ruas, e não como mais um acerto entre forças do governo, que simplesmente estabelecem ditames.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010.

[...] Nos estertores do regime viam-se de um lado, os exilados, que criaram comitês pró-anistia em quase todos os países que lhes deram refúgio, a Igreja (à frente a CNBB) e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia [desqualificada pela inicial] salvou da morte certa --- pois não recuariam da greve e já muitos eram debilitados, como os jornais da época fartamente documentam --- de outro os que, em represália ao acordo que os democratas esboçavam com a ditadura, em torno da lei, responderam com atos terroristas contra a própria OAB, [...] com a mutilação do secretário do combativo vereador Antonio Carlos; com suas bombas na casa do então deputado do chamado *grupo autêntico* do MDB Marcello Cerqueira, um dos negociadores dos termos da anistia; com atentados contra bancas de jornal, contra *O Pasquim*, contra a *Tribuna de Imprensa* e tantos outros mais. Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do ‘Dr. Tancredo’, como diziam os que pisava, o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heroicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*.⁶⁶

O Relator ainda acrescentou em seu discurso, um trecho do depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, que sofreu prisão e sequestro por não transgredir e não calar, localizando desaparecidos, salvando torturados, libertando patriotas vítimas de prisão arbitrária, sempre motivando a restauração da democracia:

Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção,

⁶⁶ BRASIL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* nº 153/DF. 2010.

pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiro de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência. [...] ‘anistia ampla, geral e irrestrita’, mas logo se percebeu que seria necessária uma confrontação de propostas, pois os que ainda mantinham o comando político logo admitiram que seria impossível ignorar a proposta dos democratas, mas perceberam que uma superioridade de força lhes dava um poder de negociação e cuidaram de usar a ideia generosa de anistia para dizer que não seria justo beneficiar somente presos políticos e exilados, devendo-se dar garantia de impunidade àqueles que, segundo eles, movidos por objetivos patrióticos e para defender o Brasil do perigo comunista, tinham combatido a subversão, prendendo e torturando os inimigos do regime. Nasceu assim a proposta de ‘anistia recíproca’. De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os que tivessem cometido ‘crimes de sangue’. Isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a lei da anistia (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979), os que tivessem sido condenados ‘pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal’. Em sentido oposto, beneficiando os que foram abusando de uma função pública tivessem cometido crimes [...] (F)oram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou ‘conexos’ com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim, se chegou à Lei da Anistia.⁶⁷

Diante de tal manifestação, o relator concordou com o arguente ao afirmar que a dignidade da pessoa humana não possui preço. Mas, declarou que proclamar a dignidade da pessoa humana condenando o instituto da anistia, não traria a invalidade dos crimes conexos. Explicou que, a expressão de crimes conexos e crimes políticos, apontou sentido

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010.

naquele momento histórico da sanção da lei. A Lei da Anistia traduzia sentido único próprio do momento histórico vivido, a transição para a democracia. O legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado, contra os que lutavam contra o Estado de exceção. O caráter da anistia era amplo e geral, embora não atingisse aqueles com sentença transitada em julgado.

Nota-se que na aplicação da Lei da Anistia, houve certa discriminação aos praticantes dos crimes comuns. Apenas os denunciados pela prática de tortura foram beneficiados com a Anistia, os demais, que já possuíam trânsito em julgado, continuaram com o pagamento de suas penas. Tal situação nos remete ao pensamento de: por que? Por qual razão a lei fez essa distinção? Afinal, a Lei da Anistia foi fruto de um acordo governamental, possível então que se destinasse a todos, pois, com a Constituição Federal de 1988, tem-se como função fundamental a constituição prever a dignidade da pessoa humana. Entretanto, a anistia não foi somente impedida de ser reanalisada consoante os efeitos causados à época que surgiu, bem como foi reafirmada no texto constitucional mediante Emenda 26/85, tornando-a uma nova ordem.

Seguindo essa lógica, Streck⁶⁸ expõe que em 1979, o legislador brasileiro não era autônomo, atuando de acordo com os limites impostos pelo Poder militar. Com o fechamento do Parlamento dois anos antes, é possível afirmar que as forças armadas agiram, predominantemente, em benefício próprio. O acordo que possibilitou a saída militar do poder foi a garantia que os agentes militares que tivessem cometido crimes violentos contra os oponentes políticos não seriam processados criminalmente quando o poder civil fosse restabelecido. Esse arranjo ficou conhecido

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

como a Lei da Anistia. Desta feita, transcrevendo a explanação de Streck, continua sua abordagem sobre a matéria:

[...] o Ministro Eros Grau não levou em conta que sua conclusão acerca do sentido da Lei da Anistia somente foi possibilitada após 30 anos da edição da Lei, quando a questão veio à tona na esfera pública brasileira, isto é, nos últimos cinco anos. Só recentemente é que foi possível inserir na pauta pública o tema da punição aos torturadores da ditadura militar. É isso que não foi levado em conta pelo Ministro Eros Grau e pelos seis juizes que o acompanharam na votação. [...] Como resultado dessa decisão tem-se que, hoje, a decisão do Supremo Tribunal tornou-se o principal obstáculo à possibilidade de se buscar a punição daqueles que torturaram e violaram os Direitos Humanos no período ditatorial.⁶⁹

O autor critica o voto do ministro relator e argumenta que o STF deveria ter enfrentado a questão da possibilidade da anistia concedida aos torturados ser ilegítima. Pois ao excluir do benefício os condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, consequentemente estariam afastando também os torturadores. Por essa ótica, nenhuma lei poderia considerar a tortura como crime político, “implícita ou explicitamente”, menos ainda a tortura poderia ter sofrido interpretação conforme a Lei da Anistia.

Ademais, o autor⁷⁰ ensina que o Estado Democrático de Direito “tem o dever de proteger os direitos dos cidadãos, tanto dos ataques do Estado como dos ataques dos demais cidadãos” e, referente a tal pensamento, a proteção dos direitos dos cidadãos, de acordo com Streck, ficou longe da preocupação do Supremo Tribunal Federal ao examinar a ADPF 153. Em

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

⁷⁰ STRECK, 2018, p. 112.

consonância com a ideologia de Streck⁷¹, a leitura da Arguição remete à imprescindível necessidade de revisão, não para fins de vingança, mas para se entender a própria história brasileira. Discutir o passado e reabrir documentos que contém os acontecimentos são a melhor forma de verificar questões e ajustá-las. Barbosa⁷² salienta:

É imprescindível a restauração da verdade, como um ato histórico, para a perpetuação a memória, em homenagem aos que tombaram e deram sua vida pela democracia. Ter acesso à verdade, formar a memória coletiva, são atitudes indispensáveis, como forma de redefinir o passado, refletir o presente e projetar o futuro. Lembrar, desvendar e esclarecer são anseios da cidadania, não para alimentar o ódio, a raiva – o que faz mal. Tampouco para perdoar ou esquecer. O perdão não é esquecimento, não é o pingar de um ponto-final numa história. Perdão é ter consciência, é revitalizar a memória de que a vida não pode ser regida por uma relação de dor e ódio. Não se trata de um revanchismo ou ódio, mas, sim, de criar uma racionalidade capaz de sublimar aquela tragédia que é a bestialidade humana.

Mediante a ideia de discutir o passado, faz-se necessário reavivar memórias e remontar situações, diante dessas circunstâncias, o reexame somente é permitido através da interpretação. Contrário a esse pensamento, o ministro relator indaga em qual período o texto de Lei deveria ser interpretado, se hoje ou no tempo em que a anistia foi concedida? Logo, complementa que é de acordo com a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia que a Lei 6.683/79 deve ser analisada, pois a atual interpretação não teria sentido, uma vez que seus resultados práticos já foram extintos.

A interpretação, referida pelo autor, produz sentido às normas quando lidas conforme a realidade, dessa forma “todo e qualquer texto

⁷¹ STRECK, 2018. p. 113.

⁷² BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, Capítulo I, p. 34-57.

normativo é obscuro até o momento da interpretação”. A interpretação consiste na concreção do direito, é através da interpretação que o direito se vincula à realidade, na aplicação de normas de decisão para solucionar determinados casos. A aplicação das normas vai do coletivo ao individual, numa espécie de afunilamento, permitindo que passe e permaneça somente aquilo que poderá ser utilizado no caso concreto. Quando Grau alega que, como a interpretação “se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto”, interpretar o direito é a junção dos pontos, “conferindo carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular”. Em suma, as normas traduzem o que o intérprete pretende dizer, de modo que permanecem obscuras até sua inserção no cotidiano. Neste contexto, Streck⁷³ contrapõe a visão de Grau, e justifica:

O voto condutor da maioria, da lavra do Ministro Eros Grau, procurou ser mais sofisticado em termos de Teoria do Direito. Buscou fundamentos na hermenêutica filosófica, invocando a *applicatio* de Gadamer. Ocorre que o Ministro Eros Grau ignorou os pressupostos centrais da hermenêutica filosófica, como, por exemplo, a distância temporal, que, como se sabe, não é uma “inimiga” e, sim, uma aliada na interpretação. (grifos do autor)

Ademais, também salienta:

O Ministro Eros Grau utilizou-se também da tese da relação ‘texto e norma’, de Friedrich Müller, só que igualmente olvidou que, se a clareza da lei não se pressupõe, também não se pode pressupor a sua obscuridade (é que a OAB sustentou que a Lei da Anistia tinha uma redação obscura).⁷⁴

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

Sutilmente pode-se afirmar que a hermenêutica foi aplicada de forma equivocada na ADPF 153. O relator cita que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”, entretanto, incompatível com esta fala é o fato da arguição ter sido improcedente justamente pelo argumento que de nada adiantaria uma revisão da legislação devido ao tempo transcorrido, pois seus efeitos já teriam exaurido. Porém, tal análise seria a principal via de estudo para que aquele período de horror nunca retorne. A questão principal não estava em elencar erros ou acertos do Governo Militar. Mas sim, na evidente obrigação de enfrentar as consequências que ainda requerem soluções, na necessidade de entender quais os fundamentos históricos que permitiram que um governo chegasse a propagar tal brutalidade e que simplesmente foi esquecida e “empurrada para baixo do tapete”.

Por fim, o Ministro Eros Roberto Grau improcedeu a ação, não excluindo seu repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes, citando que é necessário não esquecer desse momento vivido, para que as coisas jamais voltem a ser como foram no passado. Logo, conforme os assuntos já mencionados anteriormente, percebe-se que o suporte prestado tanto pela interpretação constitucional, quanto pela hermenêutica filosófica abordam que a Lei da Anistia deveria ter sido reanalisada, tendo sua documentação utilizada para clarificar um período histórico que deixou tantas sequelas. Os fundamentos que foram utilizados pelo membro relator não condizem com os ideais criadores das técnicas apontadas. É possível chegar à conclusão que os intérpretes não estavam preparados para recepcionar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, muito menos julgá-la.

Conclusão

Da necessidade de compreender o mundo que o cerca, o homem desenvolveu métodos que permitissem a descoberta do desconhecido. No campo jurídico, a interpretação constitucional e a hermenêutica se uniram com o propósito de desvendar novos conhecimentos e transformá-los em sabedoria.

A interpretação foi descrita como uma relevante parte do direito, na qual destina-se ao entendimento dos textos normativos do País. O texto normativo, sem a devida interpretação, nada mais é do que apenas um aglomerado de palavras dispostas em uma frase, entretanto, quando passa pelo processo interpretativo, o texto é analisado conforme sua disposição gramatical e, juntamente com a investigação do momento histórico em que foi elaborado e seus preceitos sistemáticos e teleológicos, o intérprete possui condições para desvendar o sentido que o legislador tentou transmitir, captando assim, o seu significado, transformando-o de palavras para emissor de direitos ou obrigações.

A hermenêutica tem a tarefa de alicerçar a interpretação, de forma que a essência do objeto a ser interpretado possa ser revelada. A hermenêutica atinge seu objetivo quando a compreensão consegue envolver os aspectos históricos e linguísticos. A tarefa hermenêutica pretende estabelecer ou restabelecer sentido onde o entendimento não apresentava seu real significado. Pode-se dizer que a hermenêutica quebra as barreiras do desconhecido e permite que as concepções sejam interpretadas em sua totalidade.

O período do Regime Militar ficou marcado na história brasileira como um governo abusivo e praticante de diversos crimes. A marca da violência é vista até hoje, pois diversas vítimas ainda sofrem com o silêncio

que se apoderou da época, utilizado para possibilitar que os agentes repressores permanecessem impunes.

Entretanto, após anos de inércia governamental, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, com intuito de rever os acontecimentos, lembrar os torturados e punir os praticantes de ilicitudes.

A arguição requereu definição rápida e com eficácia geral, uma vez que a aplicação pretérita desta legislação resultou na afronta de diversas garantias constitucionais hoje estabelecidas, entretanto, o relator, Ministro Eros Roberto Grau, conduziu o voto induzindo o pensamento como se o assunto já tivesse resolvido e não pudesse ser retomado devido ao tempo transcorrido entre os fatos, a aplicação da lei e o ingresso da ação.

Streck⁷⁵ comenta que “demoramos muito para enfrentar essa ‘hermenêutica de acomodação’ em relação ao alcance da Lei da Anistia”. Foi necessário aguardar mais de duas décadas para a comunidade jurídica resolvesse estudar o passado. A pretensão da ADPF 153 pairava na solicitação ao STF que interpretasse o § 1º, do artigo 1º, da Lei da Anistia, revisando seu texto com relação à Constituição Federal de 1988, de modo a declarar, conforme os preceitos fundamentais, que a anistia concedida aos agentes praticantes de crimes políticos ou conexos, que tal benesse não se estendia à prática de crimes comuns contra os opositores políticos durante o regime militar. Ao abrigo de diversos argumentos, o relator enfatiza em seu voto que toda normatização é obscura até o momento de sua interpretação; a valoração da dignidade humana; a conexão entre os crimes políticos e a tipificação da tortura; e a aplicação das normatizações. No entanto, tais fundamentos jurídicos foram citados para dar

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.

improvemento a causa, sob alegação que a Lei da Anistia teve seus efeitos esgotados. Juntamente, é exposto que a decisão de procedência da demanda seria inútil, pois, os crimes que ainda não teriam sido anistiados, já estariam prescritos, não alcançando nenhum efeito prático.

Insta salientar que o arguente expõe o a Lei 6.683/79 como um acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia concedida aos responsáveis pelos atos contra o ser humano estava encoberto, pois os criminosos foram agraciados com impunidade. Sobre esta afirmação, o Ministro Grau aduz que a Lei da Anistia foi um acordo firmando entre os governantes para que o País pudesse ser redemocratizado. Diz o ministro relator que o argumento suscitado pelo arguente não merece prosperar no sentido que a indignidade que o cometimento que qualquer prática criminal expressa, não pode ser retribuída com a proclamação de que a Lei da Anistia violou a dignidade humana. Contudo, como falar que a revisão da Lei não pode retribuir, ao menos em parte, a dignidade que foi arrancada pela prática de crimes?

Não houve dignidade para aqueles que tiveram suas vidas despedaçadas e negligenciadas, e não há, muito menos, como justificar que esses indivíduos “tiveram o que foi merecido”, pois quem garante que a prática de tortura, dentre outros horrores, foi submetida somente aos contrários ao regime militar? Nesse sentido, o pretendido pela ADPF 153 é abertura de um processo que levante os dados sobre este período para que os agentes sejam identificados e julgados adequadamente pelos horrores causados enquanto do Governo Militar, bem como não por obstar às vítimas de terem conhecimento de seus agressores e vê-los devidamente processados sem a injusta motivação de agir em prol da Nação, dando-lhes assim, liberdade para pensar que poderiam agir como bem entendessem.

É nesse ponto que prospera a interpretação constitucional aliada à hermenêutica filosófica. Ambas buscam condições que viabilizem a

compreensão do todo, que permita ao intérprete conhecer os fatos que levaram a adoção de determinadas medidas, seja pelo motivo que for. Ambas desejam a busca pela essência, a tradução do real sentido que algo quer expressar. Elas são compostas por saber, entretanto, buscam um intérprete que esteja apto a conhecer verdades, que não tenha receio de enfrentar consequências, e que, acima de tudo, utilize a compreensão adquirida para alterar os rumos da história, de forma que qualquer tipo de barbárie não volte a se repetir. A filosofia hermenêutica desenvolveu força civilizatória da tradição e autoridade que se diluem na história efetiva que instiga o ser-capaz-de-fazer numa espécie de teoria do agir de Gadamer que na sociedade contemporânea enquanto percepção do surgimento do conflito (des)vela-se a urgência do diálogo proporcionando a reflexão sobre as possibilidades e (re)significação que o contexto que se lhe delinea e enfrenta a crise que significa incerteza onde uma derradeira reserva, “*que nenhuma organização da observação consegue romper, me parece ser dada com o ser-para-si: uma última recusa e uma alteridade inalcançável. E, todavia, a nossa experiência é exatamente a inversa*”⁷⁶.

Referências

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRAIDA, C. R. In: SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica** – Arte e técnica da interpretação. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 10. d. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.). 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, Capítulo I. *E-book*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/>

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Edições 70. Lisboa: Portugal, p.36.

arquivo/2016/06/5512ec2bee4680bbe581ab1f4dcb423d.pdf. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Roberto Grau. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

Acesso em: 23 abr. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Vozes. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Edições 70. Lisboa: Portugal.

GADAMER, Hans-Georg. **O Caráter Oculto da Saúde**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, R. G. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERRONE-MOISÉS, C. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. São Paulo: Manole, 2012. *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449189>. Acesso em: 05 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 10. d. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978854720814>. Acesso em: 23 abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

VERDÚ, P. L. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Motivos que ensejam a demora no processo de adoção

*Mariana Rodrigues da Cunha*¹
*Mariana Menna Barreto Azambuja*²

1-Introdução

O presente artigo tem por fundamento apresentar os motivos pelos quais os pretendentes a adoção aguardam cerca de quatro anos até conseguirem adotar determinada criança ou adolescente. Sendo que, desde logo, afere-se que a causa está interligada com as formalidades estipuladas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, as quais tentam ser cumpridas pelo Poder Judiciário, mas, principalmente, pelos objetivos traçados pelo postulante em face do menor que pretende adotar e a expectativa acarretada pela espera durante os processos de habilitação e adoção, dentre outros fatores que serão elucidados no decorrer do presente estudo.

Para culminar, houve a colheita de dados quantitativos provenientes do “Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do ano de 2020”³ que fora elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse estudo traz as informações registradas no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento em relação aos menores adotados, entre outubro de 2019 a maio de 2020. Além do mais, assevera, sobretudo, sobre os infantes que

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Cesuca.

² Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Professora e Coordenadora Acadêmica no Centro Universitário CESUCA. Orientadora do presente artigo.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – 2020**. <https://www.cnj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

estão em processo de adoção, os aptos à adoção ou os que permanecem nos acolhimentos familiares e institucionais, sem determinação judicial quanto o retorno ao lar, junto de sua família natural ou extensa, ou a destituição do poder familiar. Ademais, revela sobre o quadro dos pretendentes que estão na “fila” de adoção até um marco temporal de 05 de maio de 2020.

Por conseguinte, o uso desses elementos será de grande valia para a compreensão do cenário atual brasileiro em relação as demandas inerentes à adoção.

2-A Demora

O instituto da adoção tem como prioridade a manutenção da criança ou do adolescente junto de sua família biológica ou extensa, haja vista que só quando cessadas todas as formas e tentativas de convívio serão postas à adoção, através de procedimento de destituição do poder familiar. Logo, essa será medida excepcional a ser tomada⁴. Sendo assim, por se dar primazia à família biológica, os adotantes, bem como o infante que está à espera de um lar, enfrentam um processo burocrático e demorado, até que se concretize, o qual se torna desgastante⁵. Nesse sentido, há que se assentar alguns dos motivos para que as crianças sejam postas nesta situação:

[...] risco como o abandono, maus-tratos, impossibilidade financeira, ou condições naturais da vida como o falecimento de seus pais e impossibilidade

⁴ RODRIGUES, Rafael Pereira. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e o adotado.** 2017. 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - Curso de Direito, Garça, 2017. Disponível em: <https://www.fae.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCADO,%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar.** <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%e7%E30_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%EAncia_familiar.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

de concessão de guarda aos demais membros da família, mesmo os ascendentes diretos, até situações mais graves como a privação de liberdade e outros fatores que possam dificultar a criação destes por seus pais biológicos⁶.

Entrementes, evidente que optar por um lar para alguém, em alguma dessas conjunturas supramencionadas, requer cuidado e zelo, motivo pelo qual serão estudadas todas as possibilidades para trazer o melhor interesse ao menor, razão pela qual o Poder Judiciário primará por cumprir todos os procedimentos estipulados através da Lei 8.069/1990, haja vista que é um ato irrevogável⁷. Contudo, essa demanda processual poderá se prolongar durante anos⁸, causando o desestímulo dos pretendentes, muitas vezes⁹. Para corroborar, Maria Berenice Dias e Marta Oppermann alegam que:

Além disso, o regramento da adoção vem recebendo da Justiça uma interpretação fria, desvinculada da sua finalidade última, de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Já que a solução não veio do legislador, indispensável que os operadores do direito, os profissionais do ramo da psicologia, da assistência social, da sociologia e todos aqueles que participam direta ou indiretamente do processo de adoção atentem para a realidade: há milhares de crianças e adolescentes ávidos para serem adotados; e eles não podem esperar até que todas as tortuosas etapas dos processos de destituição do poder familiar e de adoção sejam finalizadas¹⁰.

⁶ FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa**. www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adocao>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁷ NUNES, Leonardo; OLIVEIRA, Brenda. A burocracia e a demora nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do estatuto da criança e do adolescente (ECA). <https://jus.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74904/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁸ Idem.

⁹ FREITAS, Yasmin de. **Por que a adoção demora tanto?** <https://medium.com.br/>, 2018. Disponível em: <https://medium.com/adorar/por-que-a-ado%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-demora-tanto-5068d34208a4>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁰ DIAS, Maria; OPPERMANN, Marta. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf). Acesso em: 27 set. 2020.

Ante o exposto, necessário ilustrar os fatores que ensejam na demora desse procedimento.

2.1-Primazia da família natural

O primeiro motivo que pode colaborar para isso é a tentativa desenfreada de manutenção da criança ou do adolescente em seu seio familiar biológico (ou família extensa), conforme preceitua o “caput” do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre a temática Natalia Amorim disserta que

[...] a retirada da criança ou adolescente do seio de sua família natural somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais e será preferencialmente provisória, uma vez que suprimido os déficits na família natural será possível seu retorno. No entanto, caso tais déficits não sejam contornados, deve-se colocar a criança ou o adolescente sob regime de guarda ou tutela de membros de sua família extensa ou ampliada, que engloba parentes que mantenham vínculo de afinidade e afetividade com as pessoas em desenvolvimento, tais como avós e tios¹¹.

Entretanto, Maria Berenice questiona “até quando se deve insistir na manutenção da criança na família natural ou extensa? Quando serão considerados esgotados todos os recursos impostos pela Lei?”. Neste diapasão, exemplifica como caso de dois irmãos, os quais foram abusados sexualmente pelos pais. Encaminha-los para o acolhimento por determinado tempo seria suficiente para que no futuro, quando retornassem para casa, não fossem mais violados? Sobre os questionamentos, a doutrinadora chega à conclusão de que não há como

¹¹ AMORIM, Natalia. **Uma análise sobre os princípios que norteiam o instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente.** www.jus.com.br, 2017. Disponível em: <https://naatlima3.jusbrasil.com.br/artigos/530496886/uma-analise-sobre-os-principios-que-norteiam-o-instituto-da-adoacao-no-estatuto-da-crianca-do-adolescente>. Acesso em: 27 set. 2020.

proceder, em um caso como esse, a não ser a entrega dos filhos para uma família substituta, mesmo antes dos prazos estipulados em Lei, pois é inaceitável e inviável aguardar até que os ascendentes não cometam mais as mesmas incorreções, que quiçá poderá se tornar algo recorrente e nunca cessar¹². Além do mais, a autora se insurge ao relatar que “ainda que esta postura pareça correta e necessária, em grande parte dos casos, esta tentativa demora muito e acaba dando ensejo a novas situações de abuso e maus-tratos¹³.”

Não obstante, para complementar, Júnior e Pires expõe que:

[...] é cedição que um sem número de crianças nasce no bojo de famílias desestruturadas, seja porque os pais partiram para o mundo do crime, seja porque não têm o preparo para educar um filho, ou ainda porque não desejavam seu nascimento [...]¹⁴.

Assim como ocorre nas situações em que que:

A família natural infringiu os deveres inerentes ao poder familiar, ou ainda não pôde exercer o planejamento familiar e a paternidade responsável de maneira efetiva, violando assim o princípio do melhor interesse e da dignidade humana¹⁵.

Pretexto pelo qual a colocação em família substituta, desde logo, se torna a melhor opção, a fim de salvaguardar todos os direitos inerentes às

¹² DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar**. <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%EF30_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%EAncia_familiar.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

¹³ Idem.

¹⁴ JUNIOR, João Carlos Leal; PIRES, Natália Tavares. **Aspectos éticos e jurídicos do instituto da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Jurídica Cesumar, v. 09, n. 1, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/629/739>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁵ CARDIN, Valéria; CAMILO, Andryelle. **Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do planejamento familiar, da paternidade responsável e dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar, v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1741/1174>. Acesso em: 27 set. 2020.

crianças, tais como educação, lazer, saúde, dignidade, respeito, dentre outros que estão expostos no artigo 227 da Constituição Federal.

Todavia, nem sempre elas serão encaminhadas diretamente para essas famílias, já que o ordenamento jurídico brasileiro valora, também, a família extensa.

Infrutífera esta tentativa, a Justiça passa a perquirir se há algum parente que deseje aquela criança, solução que nem de longe é a melhor. A primeira tentativa é entregar a criança aos avós. Como eles não podem adotá-lo, terão somente a guarda do neto, o que o deixa em condição das mais precárias. Ao depois, sempre será estigmatizado como o filho de quem não o quis, e assim se sentirá quando encontrar a mãe ou o pai nas reuniões de família¹⁶.

A busca pela família extensa ocorrerá em um prazo de noventa dias, podendo ser prorrogado por igual período¹⁷, conforme alteração legislativa imposta pela Lei 13.509/17. Enfatiza-se que anteriormente não havia prazo estipulado, motivo pelo qual a busca por essa família prolongava demais a estadia da criança ou do adolescente nos acolhimentos institucionais, pois se esperava pela localização de algum parente, que, por muitas vezes, acaba sendo medida infrutífera.

Mas, a final quais as definições de família substituta e de família extensa? Valéria Cardin e Andryelle Camilo determinam a primeira:

Como sucedâneo da família natural, quando esta se desfaz ou deixa de ser ambiente adequado para a criança ou o adolescente; manifesta-se pelos institutos da guarda, tutela ou adoção, após procedimento judicial específico¹⁸.

¹⁶DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar**. <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%e7%E3o_e_o_direito_constitucional_%Eo_conviv%EAncia_familiar.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁷ **Artigo 19-A, §3, da Lei 8.069/90.**

¹⁸ CARDIN, Valéria; CAMILO, Andryelle. **Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do planejamento familiar, da paternidade responsável e dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar,

Já, a segunda modalidade é aquela estipulada no parágrafo único do artigo 25 do ECA, com redação dada pela Lei n. 12.010/2009 que vai “além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos, com os quais o menor convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.¹⁹”.

Cardin e Camilo consideram necessária a colocação do infante em família substituta, ainda, para que esse possa atingir além dos seus direitos inerentes à personalidade ao alegarem:

Também é assegurado o direito à incolumidade física, e, além dela, o ser humano goza da proteção ao seu bem-estar psicológico e à integridade da mente, que se destina a preservar o conjunto pensante da sua estrutura. Manifesta-se pelo dever de não se afetar a estrutura psíquica de outrem²⁰.

Por fim, elucidam que:

Não se deve reconhecer apenas a dimensão biológica da vida humana. Um menor que nasce e cresce com rejeição, convive com violência ou desprezo não terá vida sadia, principalmente no aspecto emocional. Aquiescer com esse entendimento é compreender que a saúde do indivíduo está relacionada não apenas ao bem-estar físico, mas também ao psicológico. Por esse prisma, a obrigatoriedade de manter o menor no seio de uma família que não o deseje significa um desrespeito a esses direitos fundamentais²¹.

Nessa senda, para culminar, um adendo necessário há de ser feito, conforme preceitua o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente “a

v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1741/1174>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁹ Idem

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. Assevera-se, por oportuno, que a hipossuficiência não será o estopim para que a criança seja posta em adoção, motivo pelo qual haverá as políticas de atendimento aos infantes e suas famílias, a fim de que sejam garantidos os seus direitos, conforme estipula o artigo 87 do referido diploma legal.

2.2-Destituição do poder familiar

Logo, aos pais cabe sustentar, educar, zelar pelos filhos que ainda não atingiram a maioridade, bem como devem obrigatoriamente realizar as determinações judiciais inerentes a estes, conforme preceitua o “caput” do artigo 22 do ECA. Mas o que se denomina de poder familiar, que fora abordado supra, não se submete apenas a essas funções, mas, também, a transmitir amor, carinho, afetividade, cuidado e amparo aos filhos. Então, apenas quando infringidas essas incumbências de forma que cause algum tipo de risco para o menor que o Estado intervirá no seio familiar, momento em que poderão ser destituídos do poder que lhes foram atribuídos com a maternidade/paternidade²².

Então, isso ocorrerá quando o pai ou a mãe tomarem certas atitudes, as quais estão elencadas no artigo 1.638 do Código Civil, tais como:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- (...)
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Treinamento do novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. <https://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

Deve-se, também, se atentar ao parágrafo único do artigo descrito, quanto a outras possibilidades, quais sejam:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Ademais, há eventualidades que ensejam na suspensão do instituto, que estão estipuladas no artigo 1.637 do Código Civil, quando os genitores abusarem da autoridade que detém sobre os petizes, faltarem com as suas obrigações quanto a criação dos menores, arruinarem os bens pertencentes a estes ou por sentença, que não se pode mais recorrer, forem condenados a uma pena maior do que dois anos de prisão.

Por conseguinte, as crianças ou adolescente que estão expostas a essas situações acabam sendo identificadas através de denúncias ou mesmo pelo próprio Conselho Tutelar, os quais provocarão o Ministério Público para que ingresse com o procedimento adequado para a verificação da situação familiar. Aí, começa um dos maiores calvários e incertezas que esses menores passarão a enfrentar, haja vista que serão encaminhados para os denominados acolhimentos institucionais, que são de responsabilidade do Estado ou de organizações não governamentais²³,

²³ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020. p. 46/47.

ficando nessas dependências por um tempo que não se pode precisar, até que haja determinação judicial para o retorno ao lar (família biológica ou extensa) ou estejam aptos à adoção, sendo esse outro motivo determinante na demora. Contudo, diante da celeuma que assombrava essa modalidade, a Lei 13.509 deu nova redação ao artigo 163 do ECA asseverando que “o prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias”, o qual nem sempre é cumprido.

O que é mais preocupante nesse processo todo é a situação de algumas crianças que ficam em um limbo jurídico, pois ainda estão sob a tutela ou guarda dos seus genitores e aguardam todo o procedimento estipulado pela Lei para que venham a ser destituídas do poder familiar e finalmente sejam postas à adoção e possam usufruir de uma vida digna com amor e amparo dos pais adotivos. Ocorre que se torna fatigante essa busca pelo retorno para a família natural, ainda mais se ineficazes as tentativas, bem como o esforço para a colocação desse menor junto de sua família extensa, caso algum familiar demonstre interesse em abrigá-lo²⁴. Para exemplificar, Ferreira, assenta que:

Um menor que chegou ao abrigo com menos de 2 anos, sendo essa idade uma das mais procuradas para adoção, se esse ainda possuiu poder familiar, levará anos para ser destituído, crescendo dentro do abrigo e saindo dos parâmetros de busca dos adotantes, sendo muitas vezes deixado de lado, fazendo com que sua adoção seja tardia²⁵.

Maria Berenice ainda ratifica o exposto ao elucidar que:

Neste percurso ela perde a sua infância, período mais significativo para o sadio desenvolvimento e a construção da própria identidade. Ela cresce e geralmente

²⁴ FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa**. www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adoacao>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁵ Idem.

perde a possibilidade de ser adotada, pois o interesse dos candidatos à adoção é por crianças pequenas. Por isso é necessário que se priorize o interesse de quem tem o constitucional direito de ser protegido e amado, e não o pretensão direito de pais e familiares que não souberam ou não quiseram assumir os deveres parentais. Afinal, não é o elo biológico que merece ser preservado. São os vínculos afetivos que precisam ser assegurados a quem tem o direito de ser amado como filho²⁶.

Dias e Oppermann, em conclusão, aclaram que apenas as crianças que foram destituídas serão contabilizadas como aptas para a adoção, bem como referem que existe tanta burocracia para que isso aconteça, que, às vezes, os pretendentes não as desejam mais, justamente por estarem grandes e não poderem desfrutar dos primeiros anos de existência desses indivíduos, que é o que normalmente os adotantes almejam ao ficarem tantos anos na “fila” de espera da adoção. Logo, em suas palavras “todas as demais crianças e adolescentes que aguardam uma nova família são solenemente ignoradas, como se não existissem.”²⁷

2.3-Lentidão das demandas judiciais

Aliás, há outros vieses que influenciam na morosidade dessas demandas, que estão atrelados ao próprio andamento das ações judiciais inerentes à adoção e seus procedimentos, bem como a forma exaustiva que são cumpridas as exigências legais,²⁸ fazendo com que esses processos durem anos até se findarem.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar**. <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%0E7%E3o_e_o_direito_constitucional_%Eo_conviv%EAncia_familiar.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁷ DIAS, Maria; OPPERMAN, Marta. **Adoção e o direito constitucional ao afeto**. <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf). Acesso em: 30 set. 2020.

²⁸ RODRIGUES, Rafael Pereira. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e o adotado**. 2017. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - Curso de Direito, Garça, 2017. Disponível em:

Logo, toda essa lentidão tem início desde a fase em que os pretendentes se habilitam a adoção, posto que há várias etapas a serem atendidas, as quais são necessárias para aferir a situação pessoal do postulante, bem como se possuirá condições psicológicas, morais e financeiras para adotar determinada criança, mas conforme o entendimento de Nunes e Oliveira sobre o procedimento habilitatório:

[...] acaba prolongando demais tal processo, o que leva, a desgaste psicológico dos adotantes e adotando, pois, ficam na expectativa de que logo sairão com seu filho, e o mesmo ocorre com as crianças, que fantasiam sua família, sua vida fora dos abrigos, dias de lazer com os pais, receber amor e carinho e acima de tudo, ter alguém que o ensine, o proteja, e o oriente a vida inteira²⁹.

Logo, Ferreira vislumbra que há na legislação especial “requisitos profundos, prazos longos, e diversos subprocessos a serem tomados, como o estágio de convivência. Além de exigir petições, sentenças, documentos, preparações psicológicas, sociais e jurídicas³⁰”, os quais causam entraves no prosseguimento e sentenciamento do feito. Sendo assim, quando o autor menciona “sentenças”, importante recordar e enfatizar que há uma primeira sentença, a qual defere o pedido de habilitação aos pretendentes, momento em que farão parte da “lista de espera” do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Posteriormente, quando o perfil da criança pretendida por esses for localizado e desejarem adotá-la, se dará início ao estágio de convivência, emergindo, após o cumprimento de todas as

<https://www.faeef.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCAO,%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁹ NUNES, Leonardo; OLIVEIRA, Brenda. **A burocracia e a demora nos processos de adoção no brasil: uma abordagem à luz das regras do estatuto da criança e do adolescente (ECA)**. <https://jus.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74904/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adoacao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 30 set. 2020.

³⁰FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa**. www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adoacao>. Acesso em: 30 set. 2020.

formalidades legais, outra decisão a favor ou não da adoção daquele infante. Todavia, essas fases levam tempo, bem como é cediço quanto a desigualdade de condições das varas judiciais que são competentes para julgarem esse tipo de demanda. Sobre a temática, Freire, expõe:

Além de tudo, a celeuma do processo adotivo fundamenta-se na ausência de condições apropriadas no sistema de justiça para atender as demandas, tendo em conta que, faltam em muitos locais equipes técnicas para auxiliarem os juízes na tomada de decisões, assim como inexistente informatização e equipamentos devidos em diversas varas da infância e da juventude espalhadas pelo Brasil³¹.

Nessa senda, Freitas complementa que:

Em muitos estados, faltam assistentes sociais e psicólogos. Estes profissionais desempenham um papel demasiadamente importante no processo de adoção, pois além de fazerem a análise dos candidatos, acompanham os pais adotivos no processo de adaptação dessa criança. E todos os processos de adoção dependem dos pareceres destes profissionais. Por este motivo, quando a demanda se torna maior do que o número de funcionários, os prazos acabam sendo comprometidos³².

Dessa forma, Nunes e Oliveira sintetizam que este problema enfrentado pelos adotantes que aguardam as tramitações processuais da habilitação, bem como do processo da adoção, não está atrelado apenas a esse tipo de demanda:

³¹ FREIRE, Maria Júlia Caroline Cleto. **Avanços do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro: enfoque nas inovações advindas da Lei nº 13.509/17**. <https://conteudojuridico.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53548/avancos-do-processo-de-adoo-no-ordenamento-juridico-brasileiro-enfoque-nas-inovaes-advindas-da-lei-n-13-509-17>. Acesso em: 30 set. 2020.

³² FREITAS, Yasmin de. **Por que a adoção demora tanto?** <https://medium.com.br/>, 2018. Disponível em: <https://medium.com/adotar/por-que-a-ado%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-demora-tanto-5068d34208a4>. Acesso em: 30 set. 2020.

A morosidade processual é um problema que aflige o Poder Judiciário Brasileiro há tempos. Com o intuito de solucionar tal problema, este foi elevado ao nível constitucional com a Emenda Constitucional nº 45. A partir de tal emenda, ocorreram várias mudanças na máquina estatal, sendo incrementado ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o princípio da razoável duração do processo, o qual se teve a tentativa de impor por meio de seu enunciado normativo condutas e objetivos finalísticos que tendem a extinguir a morosidade processual³³.

Por conseguinte, para tentar contornar toda essa situação a Lei 12.010/09 trouxe alterações legislativas a fim de tornar célere o procedimento adotivo, bem como diminuir a permanência das crianças, já aptas ao encaminhamento às famílias substitutas, nos acolhimentos institucionais³⁴. Só que apenas em 2017 ocorreram mudanças significativas, implementadas pela Lei 13.509/17, a qual determinou que “o prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária³⁵”, bem como todos os prazos estipulados no Estatuto da criança e do Adolescente serão “contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público³⁶”. Em vista disso, se tornou um marco de suma relevância, tanto para as crianças que aguardam por uma família, como para aquele que está na “fila” da adoção, haja vista que estipulou prazos para o cumprimento dos

³³ NUNES, Leonardo; OLIVEIRA, Brenda. A burocracia e a demora nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do estatuto da criança e do adolescente (ECA). <https://jus.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74904/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adoacao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 30 set. 2020.

³⁴ FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa**. www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adoacao>. Acesso em: 30 set. 2020.

³⁵ **Artigo 47, § 10º, da Lei 8.069/90.**

³⁶ **Artigo 152, § 2º, da Lei 8.069/90.**

procedimentos, os quais, por vezes, por não haver previsão legal, se prolongavam no tempo.

Significativo, então, trazer à baila, alguns dados colhidos do “Diagnóstico Sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento” do ano de 2020, para uma melhor compreensão do cenário atual brasileiro em relação as demandas inerentes à adoção. O presente aclara que “os dados que serão apresentados compreendem as informações registadas no SNA das crianças e adolescentes adotados, considerando o período entre outubro de 2019 a maio de 2020”³⁷, assim como as crianças registradas até 5 de maio de 2020 e que estão aguardando ainda por um pai/mãe. De acordo com esse estudo, cerca de 43,5% das ações, em âmbito nacional, foram concluídas em um prazo superior a 240 dias, bem como há em trâmite aproximadamente 38,6% demandas que ainda aguardam serem sentenciadas, as quais perpassaram os 240 dias, prazo máximo para a conclusão, conforme regra o artigo 47, § 10º, da Lei 8.069/90. Ainda, elucida que com o implemento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento a duração das demandas (de adoção) tem ocorrido em um interregno de 10,5 meses desde o ingresso do pleito até o *decisum* final. Porém, na Paraíba, por exemplo, esse período se torna discrepante haja vista que pode durar em torno de 17 meses³⁸.

Então, quando se examina o procedimento adotivo como um todo, desde o início, o qual se dá pela habilitação e, posteriormente, com o processo de adoção, tem-se constatado que decorre um período de 4 anos e 3 meses até que se conclua a demanda e a criança ou o adolescente finalmente fique de forma definitiva em seu novo lar. Contudo, o Rio

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – 2020**. <https://www.cnj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em: 02 out. 2020.

³⁸ *Idem*.

Grande do Sul é o Estado que mais prolonga esse procedimento, podendo perdurar por 5 anos e 3 meses³⁹. O que se denota é que o processo de adoção, em si, não é tão moroso, o que atrasa, na verdade, é o processo de habilitação e a espera logo após este.

Para finalizar, a pesquisa realçou sobre os pretendentes que ainda estavam até 05 de maio de 2020 na “fila de espera”, os quais já aguardavam nessa situação em torno de 3 anos e 7 meses (em média). Todavia, imprescindível pormenorizar que existem dois tipos de pretendentes, os vinculados (a vinculação está interligada aos fatores escolhidos pelos pretendentes, o perfil da criança e a disponibilidade dessas nos acolhimentos institucionais com esse padrão) a alguma criança e aqueles que ainda não possuem tal vinculação, em relação aos primeiros esperam cerca de 4 anos e 4 meses e os segundos, 3 anos e 6 meses.⁴⁰

Sendo assim, evidente que há um desrespeito às normas vigentes que orientam sobre a adoção, o que deve ser objeto de observação das Corregedorias dos Tribunais, bem como do Ministério Público. Essa lentidão faz com que, muitas vezes, os pretendentes desistam da demanda devido a burocracia enfrentada, assim como o perfil escolhido para a adoção acaba não sendo localizado ou até, porque, a conjuntura familiar não se adequa mais a essa situação, devido à demora no procedimento⁴¹, haja vista que aguardar por quase quatro anos se torna uma afronta aos pretendentes, além de estar em desacordo com a razoável duração do processo.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa**. www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adoacao>. Acesso em: 05 out. 2020.

2.4-Perfil de criança traçado pelos pretendentes

Provavelmente o fator que mais esteja correlacionado com a demora em todo o procedimento da adoção tenha relação com o perfil de criança traçado pelos pretendentes, o qual é definido ainda na fase de habilitação. Esses pais em perspectiva reconhecem na criança, que será adotada, os seus anseios⁴², por isso podem optar pela quantidade de crianças que desejam adotar, faixa etária, sexo, se aceitam algum menor de Estado diferente do qual residem, se admitem infantes que possuam doença tratável, doença não tratável, deficiência física, deficiência mental e Vírus HIV, além da possibilidade ou não da adoção conjunta de irmãos.⁴³

Após o preenchimento desses quesitos, o futuro adotante terá pré-determinado o padrão de menino/menina o qual idealiza. Logo, constará no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento o cadastro desse pretendente, bem como o perfil adotivo que deseja⁴⁴, o qual se torna fundamental, a fim de que se possa vincular um infante (já apto a essa medida) a este.

Araújo arrazoa ponto significativo sobre essa escolha:

Importante notar que a determinação do perfil da criança ou adolescente desejado não consta no rol taxativo do artigo 197-A do ECA, de forma que não é uma parte obrigatória da petição inicial. A não obrigatoriedade da escolha do perfil no momento da petição inicial não reduz a importância dessa escolha. Caso o pretendente não realize essa determinação na petição inicial, o

⁴² OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020. p. 69.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Guia do usuário do cadastro nacional de adoção**. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/cna_cadastro_nacional_de_adocao_com_indice.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

⁴⁴ ARAÚJO, Luiza Fonseca de. **“O perfil da criança e do adolescente desejado” Processo de adoção no Brasil e a escolha do perfil pelos pretendentes**. 2019. 22/23f. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Getúlio Vargas - Curso de Direito, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29327/0/c3%9altima%2overs%c3%a3o%20-%20O%20perfil%20da%20crian%c3%a7a%20e%20do%20adolescente%20desejado%20-%20Luiza%20Fonseca%20de%20Araujo.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 05 out. 2020.

pretendente será obrigado a determinar tal perfil no momento da avaliação psicossocial, mesmo que isso não seja um requerimento previsto em lei⁴⁵.

Assim sendo, os pretendentes acabam por buscar o “filho ideal”, aquele que se assemelha com eles, motivo pelo qual traçam características físicas parecidas com as suas. No entanto, às vezes, a realidade das crianças acolhidas difere do padrão esperado, razão pela qual os próprios pais em perspectiva acabam por obstaculizar o procedimento, pois delimitam de maneira demasiada os traços do filho que esperam⁴⁶. Ferraz faz uma crítica pertinente ao dissertar que:

Muitas pessoas questionam a razão de existir uma fila tão longa para a adoção, quando há tantas crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente. A razão é, justamente, a incompatibilidade entre o perfil procurado pela fila de adotantes habilitados e as crianças/adolescentes que efetivamente se encontram disponíveis para a adoção⁴⁷.

Além disso, pontua:

Essa incongruência entre a expectativa de quem está na fila de adotantes e a realidade dos adotandos impossibilita o convívio familiar dessas crianças e adolescentes, que dificilmente encontrarão lugar em uma família substituta⁴⁸.

Por conseguinte, o fator mais emblemático em relação ao perfil pretendido tem sido a escolha da idade do infante. Para corroborar com o

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ RODRIGUES, Rafael Pereira. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e o adotado.** 2017. 31/36 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - Curso de Direito, Garça, 2017. Disponível em: <https://www.fae.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCAO,%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em 05 out. 2020.

⁴⁷ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos.** 3^a Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020. p. 69/70.

⁴⁸ Idem.

aludido, imperioso trazer, novamente, dados do Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. O estudo demonstra que quanto mais “velha” for a criança há menos probabilidade de ser adotada. Salienta-se que 5.204 (51%) das adoções que foram deferidas tratavam-se de ações das quais os infantes possuíam até 3 anos de idade, além disso cerca de 2.690 (27%) eram menores na faixa etária de 4 a 7 anos, 1.567 (15%) de infantes de 8 a 11 anos, bem como, por fim, 649 (6%) de adolescentes com mais de 12 anos⁴⁹. Isto posto, o prognóstico assevera que:

[...] ao total de adoções em trâmite, 1.042 (49%) são de crianças de até 3 anos completos, 640 (25%) são de crianças de 4 até 7 anos completos, 413 (16%) são de crianças de 8 até 11 anos completos e 232 (9%) são de adolescentes⁵⁰.

Logo, percebe-se que há uma busca incessante por crianças ainda pequenas, talvez pelo fato de se moldarem mais facilmente aos “novos” pais. Ocorre que a idade média das crianças cadastradas, consoante o diagnóstico, quando decorre a sentença que concede a adoção, é de 4 anos e 11 meses, em contrapartida das que ainda aguardam por uma família, quando se ingressa com o processo adotivo, possuem em torno de 5 anos e 3 meses⁵¹. Isto porque, como já mencionado anteriormente, se dá prioridade para que o infante permaneça em seu seio familiar biológico ou extenso e só quando inviável essa prática, dá-se início ao procedimento de destituição familiar do poder familiar. Só que a criança vai crescendo durante todas essas etapas, ficando exposta aos acolhimentos institucionais e “passam” da idade idealizada pelos adotantes.

⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – 2020**. <https://www.cnj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em 05 out. 2020.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

Sobre a temática Araújo acrescenta:

A grande adversidade se encontra na determinação da idade da criança e do adolescente desejado. Esse é o obstáculo que precisa ser enfrentado para promover maior integridade, respeito e observância aos demais direitos da criança e do adolescente, sendo levado em consideração o melhor interesse do menor, não o melhor interesse daquele que deseja adotar⁵².

Portanto, deve-se atentar ao fato de haver cadastrados no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento um montante de 34.443 pessoas que aguardam por uma criança, assim como constam 5.026 crianças ou adolescentes já aptas a serem adotadas. Sucede-se que 93,8% desses pretendentes não foram vinculados a nenhum infante, visto que estipularam um perfil que não se emolda aos indivíduos disponíveis. Consequentemente, o diagnóstico conclui que os pretendentes aceitam adotar crianças de até 7 anos de idade⁵³, bem como:

Em relação aos pretendentes e crianças/adolescentes não vinculados, a maioria dos pretendentes deseja crianças de até 4 anos de idade e apenas 0,3% desejam adotar adolescentes. Os adolescentes representam 77% do total de crianças e adolescentes disponíveis e não vinculados no SNA, havendo mais adolescentes cadastrados no SNA do que pretendentes que desejam adotá-los⁵⁴.

Logo, Araújo, acrescenta:

⁵² ARAÚJO, Luiza Fonseca de. **“O perfil da criança e do adolescente desejado” Processo de adoção no Brasil e a escolha do perfil pelos pretendentes**. 2019. 38/44 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Getúlio Vargas - Curso de Direito, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29327/%c3%9altima%2overs%c3%a3o%20-%20O%20perfil%20da%20crian%c3%a7a%20e%20do%20adolescente%20desejado%20-%20Luiza%20Fonseca%20de%20Araujo.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – 2020**. <https://www.cnj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

⁵⁴ Idem.

Não é possível ignorar as eventuais dificuldades que a adoção de crianças mais velhas ou adolescentes pode apresentar, mas ao mesmo tempo não se deve perpetuar o estereótipo de que todos os adolescentes terão maus-hábitos, apresentarão dificuldade no processo educativo e que as crianças mais novas não apresentarão dificuldades ou problemas para os pais⁵⁵.

Nesse ínterim, quanto mais se delimita o perfil, mais difícil será encontrá-lo. Destarte, os pretendentes continuarão na “fila”, à espera do “filho ideal”, bem como as crianças permanecerão acolhidas sem uma perspectiva de serem amparadas por uma nova família e cada dia ficarão fora dos padrões fantasiados⁵⁶. Logo, durante o curso preparatório para os pais, o qual ocorre na fase de habilitação, esses podem se vincular, ainda, a algum grupo de apoio, normalmente constituído por voluntários, os quais tem por função reunir esses pretendentes a pessoas em estágio de convivência, bem como profissionais da área. A finalidade é que se possa desconstituir os paradigmas e tabus em relação as crianças mais velhas, com o objetivo de que se torne possível a denominada adoção necessária ou tardia⁵⁷, assim como incentivar a adoção de todos os tipos de crianças (ambos os sexos, etnias variadas, com doença tratável ou não, deficiência física, deficiência mental ou até grupo de irmãos).

⁵⁵ ARAÚJO, Luiza Fonseca de. **“O perfil da criança e do adolescente desejado” Processo de adoção no Brasil e a escolha do perfil pelos pretendentes.** 2019. 38/44 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Getúlio Vargas - Curso de Direito, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29327/%c3%9altima%2overs%c3%a3o%2o-%2oO%2operfil%2oda%2ocrian%c3%a7a%2oe%2odo%2oadolescente%2odesejado%2o-%2oLuiza%2oFonseca%2ode%2oAraujo.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 05 out. 2020.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos.** 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020. p. 70.

2.5-Expectativa dos adotantes x espera

Por fim, o último fator que é crucial e soma-se a lentidão enfrentada pelos pretendentes à adoção é, justamente, essa espera exacerbada e a expectativa gerada durante esse interregno. Sobre a temática, pertinente observar que quem opta por essa medida frequentemente já sofreu alguma frustração por não poder ter um filho de forma natural, por infertilidade, esterilidade, abortos espontâneos, dentre outras causas. Percebe-se, então, que o psicológico dos pretendentes já vem abalado por outros motivos. Mas, claro, reforça-se que há pretendentes habilitados que já possuem filho(s) biológico(s) ou simplesmente não quiseram ter um e preferir à adoção decorreu de uma escolha pessoal⁵⁸.

Portanto, quando se aguarda na “fila” de adoção nada se é ainda, as pessoas que estão lá não são pais (do filho que quer se adotar), como ocorre na gravidez, desde a sua descoberta, porque mesmo aptos para a adoção, não se sabe se existirá uma criança ou um adolescente com o padrão escolhido⁵⁹. A ansiedade vai tomando conta, fazendo com que os pretendentes comecem a idealizar o filho que virá de forma que pensem sobre “[...]como ele será, que coisas fará no futuro, qual o lugar da casa de que mais gostará, que escola vai cursar, se vai querer ter um cachorro, se vai casar e ter filhos...”⁶⁰. Weber sintetiza o porquê desse anseio ao relatar que:

[...] os adotantes esperam uma criança na sua ausência, ou seja, sem a presença que ela realmente venha e sem ter sinais de sua presença física.

⁵⁸ PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção significados e possibilidades**. 1ª Ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 60/61.

⁵⁹ WEBER, Lidia. **Adote com carinho - um manual sobre aspectos essenciais da adoção**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 41.

⁶⁰ WEBER, Lidia. **Adote com carinho - um manual sobre aspectos essenciais da adoção**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 45.

Portanto, a tendência é os adotantes ficarem inseguros quanto maior o tempo de espera [...] ⁶¹

Desse modo, como visto no tópico anterior, o procedimento como um todo tem durado cerca de quatro anos, desde a habilitação até a sentença final da ação de adoção, motivo pelo qual gera grande ansiedade aos adotantes, fazendo com que o tempo de espera pareça maior do que talvez decorra, por causa dos fatores emocionais.

Posto isto, Rodrigues faz abordagem importante sobre o momento em que uma mulher gera em seu ventre uma criança:

Uma gestação humana dura aproximadamente um período de duzentos e oitenta dias, ou nove meses, e durante esse tempo o corpo feminino passa por diversas transformações, a fim de que possa garantir ao bebê saúde para sua formação completa. Neste momento, a “demora” é importante aliada para que a ansiedade da espera transforme os pais em pessoas mais maduras, conscientes, responsáveis e comprometidas, portanto, esta traz consigo enormes benefícios para ambas às partes, principalmente para a criança ⁶².

Já, em alusão a demora decorrente da adoção, refere que mesmo que aflija os adotantes, é de suma importância para eles, haja vista que necessitam tomar conhecimento da responsabilidade que assumirão, bem como se preparem psicologicamente para essa tomada de decisão ⁶³. Para corroborar com o aludido, disserta que:

⁶¹ WEBER, Lidia. **Adote com carinho - um manual sobre aspectos essenciais da adoção**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 41/42.

⁶² RODRIGUES, Rafael Pereira. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e o adotado**. 2017. 30/32 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - Curso de Direito, Garça, 2017. Disponível em: <https://www.fae.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCAO,%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁶³ Idem.

Os pais devem se preparar de todas as formas para que possam receber este novo membro em sua família, buscando apoio profissional para juntos avaliarem se realmente pretendem adotar, e se essa adoção será feita respeitando o melhor interesse do menor, visto que estamos tratando de uma decisão para a vida toda, e que embora pareça simples, exige muita reflexão⁶⁴.

Logo, será necessário que os futuros pais sejam amparados pelos serviços técnicos judiciários, a fim de que possam sanar seus “medos, angústias e frustrações, identificando qual é o real interesse na adoção pretendida⁶⁵”, justamente porque não existe um filho perfeito, o qual, às vezes, é idealizado pelos pretendentes durante esse procedimento. Sobre o assunto Cardin e Camilo explicam:

Assim como ter filhos naturais demanda planejamento e responsabilidade, quem se dispõe a adotar uma criança deve estar preparado. Pois certo problemas irão surgir, assim como ocorre com os filhos naturais; entretanto, muitos adotantes idealizam a filiação adotiva e não estão preparados para a rebeldia (natural em qualquer criança na adolescência e talvez mais naquelas que sofreram maus-tratos), desobediência e insubordinação que acompanham esses menores nos primeiros meses no novo lar; ou simplesmente por não corresponderem ao “projeto de filho” que idealizaram⁶⁶.

Para elucidar o exposto alhures, as autoras dão como exemplo o caso de uma criança que por dois anos conviveu com uma família substituta, morando com esta, mas que ainda não havia sido deferida a sentença do processo de adoção. A vista disso, tem acesso a pertences próprios, os quais não precisam ser divididos, como ocorre, muitas vezes, nos acolhimentos,

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ CARDIN, Valéria; CAMILO, Andryelle. **Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do planejamento familiar, da paternidade responsável e dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar, v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1741/1174>. Acesso em: 07 out. 2020.

bem como uma vida regrada. Após esse período, os pais decidem devolvê-la, pois se frustram, já que criaram expectativas as quais não foram supridas⁶⁷ ou, ainda, não se adaptaram a situação vivenciada. Ocorre que a vida daquela criança está “em jogo” e sofrerá novamente por ser abandonada, ainda mais porque estava acostumada a uma vivência completamente diferente da qual irá presenciar no acolhimento que será encaminhada.

Ao se deparar com essa realidade, ante as frustrações a devolução do menor ao abrigo parece ser a única medida possível, fazendo com que essa sofra uma segunda rejeição, agora dos pais adotivos, acarretando para a criança danos de ordem psicológicas muitas vezes irreversíveis. Caso aconteça a devolução destes menores aos abrigos, estes deverão voltar para a fila de adoção a espera de uma nova família que esteja apta a adotá-lo, resguardando aos pais o direito de pleitear uma nova adoção. Muitas crianças permanecem institucionalizadas nestes abrigos por longos anos, e completam a maioridade sem a oportunidade de pertencer a uma nova família. Pela legislação, todo adolescente que completa dezoito anos precisa sair dos abrigos e dar conta da própria vida, o que representa um desafio além da maturidade de muitos deles⁶⁸.

Nesse interim, Ferraz esclarece que a devolução apenas poderá ocorrer durante o estágio de convivência, logo, quando transitada em julgada a demanda adotiva, os pais atrairão para si o poder familiar sobre aquele infante, razão pela qual se houver a “devolução”, após esse período, ocorrerá o que se denomina de “abandono” ou terão que ser destituídos do poder familiar, visto que a adoção é algo definitivo⁶⁹ e não existe a

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ RODRIGUES, Rafael. CARDOSO, Guilherme. **O rigorismo do processo de adoção e suas implicações para o adotante e adotado**. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça/SP | ISSN: 2358-8551 | Janeiro de 2017. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/xHkZ7KGHOT8u1Jh_2019-2-28-16-59-13.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

⁶⁹ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020. p. 111.

possibilidade de retroceder ao vínculo gerado, apenas em casos específicos de vícios na formação desse liame⁷⁰.

Por conseguinte, essa prática tem sido alvo de discussão no âmbito judicial, motivo pelo qual fora consolidado entendimento no sentido de que os adotantes terão que pagar uma indenização por danos morais em face da criança ou do adolescente devolvido, por causa da rejeição sofrida, bem como o abalo emocional vivenciado⁷¹.

Considerações finais

Consequentemente, em decorrência do abordado até o momento, se tornou evidente durante a pesquisa que além da demora no andamento dos processos, porque envolve a tentativa extrema de recolocação da criança na família (natural ou extensa), na maioria das vezes, esse núcleo familiar é desestruturado, no qual avós, tios e demais parentes não têm a possibilidade de permanecer com a criança, motivo pelo qual se dá ensejo ao ingresso do processo de destituição do poder familiar, sendo a última e mais emblemática medida, para que o infante se torne apto a ser adotado, contudo, mesmo que a legislação estipule um prazo máximo, esse não é cumprido, tal como após esse procedimento apenas que o menor poderá constar na lista do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Outrossim, desde logo que se identifique a impossibilidade real de retorno ao lar ou localização de parente próximo a criança, deveria haver essa desvinculação entre as partes. Além disso, iniciado o estágio de convivência, com as famílias habilitadas no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, durante as avaliações, não raro, ocorre a devolução do

⁷⁰ FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção: Regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação**. 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 235/239.

⁷¹ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2020. p. 111.

infante, pois, normalmente, os pais não estão preparados para receber aquela criança ou adolescente, oriundo de um acolhimento.

Neste contexto, há a necessidade de frentes de trabalho, ainda durante o processo de habilitação, bem como atendimentos psicossociais que consigam efetivamente preparar os futuros adotantes para recepcionarem essas crianças, pois apresentam dificuldades em decorrência da negligência e do abandono pelas quais passaram.

Evidente que se esbarra muito na questão da faixa etária, pois a família em perspectiva está à procura de uma criança pequena, o que é compreensível, pois quanto mais velha mais difícil se tornará o processo de educação. Entretanto é fator que resulta em muitas crianças acolhidas fora do padrão pretendido, que se tornam adolescentes e são liberados do abrigo aos dezoito anos, muitas vezes, sem qualquer tipo de apoio. Então, é preciso a conscientização em face dos pretendentes sobre a necessidade de ampliar a faixa etária, bem como o perfil adotivo como um todo, de modo a proporcionar um atendimento mais amplo a todos que estão em condição de adoção.

Isto posto, em relação aos entraves no que tange ao andamento dos processos de habilitação, bem como de adoção, acabam decorrendo do número reduzido de servidores, de técnicos (assistentes sociais e psicólogos), além do que grande parte das Varas do Juizado da Infância e Juventude são adjuntas, ou seja, não são especializadas. Para tanto, deve haver maior atenção dos Tribunais quanto a esses aspectos, além de fiscalização rígida pelas Corregedorias quanto ao cumprimento dos prazos estipulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais acabam sendo descumpridos pelo precário quadro funcional, fator este que marginaliza as crianças abrigadas. Além do mais, para auxiliar, já que há esse déficit institucional, seria importante nomear mais peritos fora dos quadros do Poder Judiciário.

Logo, em sendo verificado que há grandes chances de procedência da ação de destituição do poder familiar, seria benevolente que se colocasse a criança ou o adolescente em estágio de convivência em uma família substituta, sob guarda provisória, situação que evitaria a manutenção desses nos acolhimentos por tanto tempo até saírem da faixa etária e do perfil pretendido pelos adotantes.

E, para culminar, há a necessidade de que seja revisto o comportamento daqueles adotantes que devolvem as crianças, após o trânsito em julgado, em razão das dificuldades que elas apresentam, sendo determinado, no mínimo, sua exclusão definitiva do cadastro do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, pois é natural que problemas se apresentem, considerando que isso também ocorre com as famílias biológicas e os pais não tem a possibilidade de devolver os filhos. Nessa senda, “apenas” pagar uma indenização por danos morais, pelos seus atos, jamais será capaz de cicatrizar as feridas causadas por esse novo abandono.

Referências

- AMORIM, Natalia. **Uma análise sobre os princípios que norteiam o instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**. www.jus.com.br, 2017. Disponível em: <https://naatlina3.jusbrasil.com.br/artigos/530496886/uma-analise-sobre-os-principios-que-norteiam-o-instituto-da-adocao-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 27 set. 2020.
- ARAÚJO, Luiza Fonseca de. **“O perfil da criança e do adolescente desejado” Processo de adoção no Brasil e a escolha do perfil pelos pretendentes**. 2019. 22/23f. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Getúlio Vargas - Curso de Direito, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29327/%c3%9altima%2overs%c3%a3o%20-%20O%20perfil%20da%20crian%c3%a7a%20e%20do%20adolescente%20desejado%20-%20>

CARDIN, Valéria; CAMILO, Andryelle. **Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do planejamento familiar, da paternidade responsável e dos direitos da personalidade.** Revista Jurídica Cesumar, v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1741/1174>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - 2020.** <https://www.cnj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Treinamento do novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.** <https://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e o direito constitucional à convivência familiar.** <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%27E7%E3o_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%27EAncia_familiar.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

DIAS, Maria; OPPERMANN, Marta. **Adoção e o direito constitucional ao afeto.** <http://www.mariaberenice.com.br/>. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_485\)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto_marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto_marta.pdf). Acesso em: 27 set. 2020.

FERREIRA, Jonathan Morais Barcelos. **Processo de adoção: uma análise normativa.** www.jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adocao>. Acesso em: 27 set. 2020.

FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção: Regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação.** 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREIRE, Maria Júlia Caroline Cleto. **Avanços do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro: enfoque nas inovações advindas da Lei nº 13.509/17.**

<https://conteudojuridico.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53548/avancos-do-processo-de-adoo-no-ordenamento-juridico-brasileiro-enfoque-nas-inovaes-advindas-da-lei-n-13-509-17>.

FREITAS, Yasmin de. **Por que a adoção demora tanto?** <https://medium.com.br>, 2018. Disponível em: <https://medium.com/adotar/por-que-a-ado%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-demora-tanto-5068d34208a4>. Acesso em: 27 set. 2020.

JUNIOR, João Carlos Leal; PIRES, Natália Tavares. **Aspectos éticos e jurídicos do instituto da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica Cesumar, v. 09, n. 1, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/629/739>. Acesso em: 27 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Guia do usuário do cadastro nacional de adoção.** Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/cna_cadastro_nacional_de_adocao_com_indice.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

NUNES, Leonardo; OLIVEIRA, Brenda. A burocracia e a demora nos processos de adoção no brasil: uma abordagem à luz das regras do estatuto da criança e do adolescente (ECA). <https://jus.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74904/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 30 set. 2020.

NUNES, Leonardo; OLIVEIRA, Brenda. A burocracia e a demora nos processos de adoção no brasil: uma abordagem à luz das regras do estatuto da criança e do adolescente (ECA). <https://jus.com.br/>, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74904/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adocao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 27 set. 2020.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos jurídicos, práticos e efetivos.** 3ª Ed. São Paulo: Mundo Jurídico. 2020.

PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção significados e possibilidades**. 1ª Ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RODRIGUES, Rafael Pereira. **O formalismo do processo de adoção, rigorismo excessivo ou proteção ao menor? Implicações jurídicas e psicológicas para o adotante e o adotado**. 2017. 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - Curso de Direito, Garça, 2017. Disponível em: <https://www.faeF.br/userfiles/files/27%20-%20O%20FORMALISMO%20DO%20PROCESSO%20DE%20ADOCACAO,%20RIGORISMO.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

RODRIGUES, Rafael. CARDOSO, Guilherme. **O rigorismo do processo de adoção e suas implicações para o adotante e adotado**. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça/SP | ISSN: 2358-8551 | Janeiro de 2017. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/xHkZ7KGHOT8u1Jh_2019-2-28-16-59-13.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

WEBER, Lidia. **Adote com carinho – um manual sobre aspectos essenciais da adoção**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá. 2011.

O direito à razoável duração do processo e as pessoas com deficiência

*Michelli Linhares de Bastos*¹
*Cristiane Feldmann Dutra*²

1 Introdução

A teoria da relatividade de Albert Einstein trouxe um novo paradigma para a compreensão do tempo: ele varia conforme a velocidade de movimento, ou seja, o tempo não seria algo universal, mas relativo ao ponto de vista de cada um. Partindo para uma noção jurídica, basta um ato de imaginação de alguém que teve sua casa destruída por culpa de um terceiro. Qual o valor do tempo de cada dia transcorrido sem indenização, impedindo que o sujeito lesado reconstrua seu lar?

A famosa frase de Rui Barbosa de que a “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³ apresenta a importância da questão do tempo para a concretização do acesso à justiça. Assim, surge o direito à razoável duração do processo como um dever prestação do Estado que deve fornecer os meios necessários para a garantia de agilidade no processo, sem o desrespeito de outras garantias processuais.

Esse direito está positivado como um direito fundamental na Constituição Brasileira. Além disso, o direito internacional também passou

¹ Mestranda em Direito pela UniRitter com bolsa Capes Taxa. Bacharela em Direito pelo Cesuca. Técnica em Controle Interno da Prefeitura de Cachoeirinha/RS. Especialista em Supervisão Escolar pela Universidade Cândido Mendes. Licenciada em Letras pela FAPA.

² Doutora em Educação (Universidade Lasalle). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Docente de Direito de Graduação do Centro Universitário do Cesuca. E-mail: cristiane.feldmann@hotmail.com

³ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Edições Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999. p. 40.

a preocupar-se com tal questão, sendo um direito humano tanto positivado em convenções quanto objeto de jurisdição por órgãos competentes.

Este artigo tem como objetivo a análise do direito humano de duração razoável do processo, considerando um grupo específico: as pessoas com deficiência. Tal abordagem justifica-se pelo fato de haver previsão legal para prioridade de tramitação de processos judiciais e administrativos para pessoas com deficiência. Assim, analisa-se o que fundamenta tal prioridade sob a ótica do direito à duração razoável do processo.

2 Breves considerações sobre o direito humano da duração razoável do processo

François Ost analisa a questão do tempo não só como um critério objetivo, como o tempo do calendário, mas como uma instituição social, “uma questão de poder, uma exigência ética e um objecto jurídico”⁴. Considerando esse fator social que o tempo envolve, fica evidente a importância do tempo na prestação jurisdicional, afinal a duração do processo dialoga com o acesso à justiça.

O direito a razoável duração do processo ganhou *status* constitucional a partir da Emenda nº 45/2004, com a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A análise desse dispositivo envolve três questões: a) o Estado possui um dever prestação em assegurar a duração razoável do processo; b) o jurisdicionado tem um direito subjetivo dessa duração razoável; c) faz-se preciso meios que garantam maior agilidade aos processos.

⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.12.

Quanto a primeira questão, interessante destacar a preocupação do Código de Processo Civil em positivar, no artigo 139, II, o dever do juiz em dirigir o processo velando pela duração razoável deste. O mesmo título legal também traz, em seu artigo 4º, que as “partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito”. Essa previsão evidencia o direito subjetivo dos polos ativo e passivo, portanto, contemplando a segunda questão que envolve o direito à duração razoável do processo.

Lopes Jr. e Badaró analisam que a celeridade, ponto da terceira questão, não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa, por exemplo⁵. Dessa maneira, o processo possui uma duração ao longo do tempo necessária para que as partes tenham suas garantias atendidas, sendo que o prolongamento injustificado é que representa uma afronta ao direito dos jurisdicionados em terem suas demandas apreciadas em um lapso temporal razoável. Carneiro comunga desse pensamento:

No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações em matéria de fato (excepcionalmente também em direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).⁶

Diferentemente do Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal não apresenta dispositivo específico sobre a duração razoável do processo⁷. Destaca-se o lapso temporal de 74 anos que separa os dois

⁵ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 44.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.

⁷ Mesmo não estando positivado no Código de Processo Penal, o direito à razoável duração do processo abrange todas as searas do direito, pois está previsto em Convenção Internacional (Convenção Americana de Direitos Humanos) e

códigos, sendo aquele de 2015 e este de 1941. Conforme já citado, o direito à duração razoável do processo entrou na Constituição em 2004, revelando o quanto a morosidade da justiça passou a ser um ponto latente. Cappelletti e Bryant analisam que o problema da morosidade da justiça é talvez o mais universal de todos os problemas que envolvem o acesso à justiça⁸.

Essa barreira que assola os sistemas jurídicos de diversos países passou a ser objeto de positivação e apreciação por parte de órgãos judiciais internacionais, fazendo o direito a um processo com duração razoável um direito humano. Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, há a previsão desse direito em âmbito penal (artigo 5º, 3) e nas demais áreas do Direito (artigo 6º, 1). A Convenção Americana de Direitos Humanos também apresenta um dispositivo específico para a esfera penal (artigo 7, 5) e o direito da parte ser ouvida, em qualquer esfera, em um prazo razoável (artigo 8,1). Já a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos apresenta uma previsão de duração razoável do processo exclusivamente no âmbito penal (artigo 7º, 1, d).

Conforme explanado, a duração razoável não se confunde com celeridade máxima que viole outras garantias processuais, havendo um tempo necessário para que o processo ocorra. Diante disso, surge a questão: o que pode ser considerado um prazo razoável para a duração do processo? Jobim suscita a discussão acerca de haver a fixação de prazos máximos para o término de processos. Mesmo parecendo ser uma medida com possíveis eficácias, incluindo a possibilidade de indenização para os litigantes quando da não observação do prazo, não pode ser ignorado que

na Constituição. O que se destaca aqui é a opção do legislador em expressamente trazer tal direito em uma legislação atual, revelando a importância que o tema alçou.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 20.

a busca pelo cumprimento do prazo poderia levar ao esvaziamento de outras garantias processuais.⁹

Nesse sentido, os julgamentos de casos reais trouxeram *standards* para balizar a questão do tempo processual, considerando as especificadas que cada caso pode apresentar e não um lapso temporal fixo para todos os casos. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nos casos *Wemhoff versus Alemanha* e *Neumeister versus Áustria*, apresentou três critérios a serem analisados ao tratar-se de duração razoável do processo: complexidade do caso, comportamento das partes e comportamento das autoridades judiciárias¹⁰.

A adoção de *standars* está vinculada com a “doutrina do não-prazo”, ou seja, adota-se parâmetros e não fixação de prazos. Conforme Ramos:

A importância da utilização desses standards é patente: por um lado, possibilitam a redução do arbítrio judicial ao limitar de certa forma a análise meramente casuística vinculando, inclusive, a motivação das decisões; por outro, tornam factível o enfrentamento da celeuma a partir da riqueza interpretativa que o tema requer, em virtude da complexidade.¹¹

Portanto, não haver prazos fixos para a conclusão de processos judiciais não significa que os processos podem ser prolongados ao longo do tempo, ao arbítrio dos tribunais. Pelo contrário, a adoção de parâmetros visa a garantia do direito à duração razoável do processo sem sacrificar outros direitos processuais, havendo um trabalho de análise da razoabilidade diante de parâmetros e dos casos concretos.

⁹ JOBIM Marco, Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, Versão Ebook.

¹⁰ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal** p. 48-49.

¹¹ RAMOS, Carlos Henrique. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 88.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, também desenvolveu parâmetros para a análise da duração razoável do processo. Além da complexidade da causa, da atividade processual do interessado e da conduta das autoridades judiciais, a Corte também adotou o critério da afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

A questão da complexidade da causa foi apresentada pela Corte no caso *Garibaldi versus Brasil*, no qual a Corte concluiu que o lapso temporal de 5 anos e 6 meses para a realização de um inquérito policial de homicídio com testemunhas e suspeito identificado não era razoável. Portanto, o caso não apresentava uma complexidade que se justifica a duração extensa do inquérito policial.

Já o parâmetro da atividade processual do interessado foi abordado no caso *Fornerón e filha versus Argentina*. Nesse caso, a Corte compreendeu que o senhor Fornerón foi ativo e contribuiu durante todo o processo, não tendo condutas que dificultassem o andamento processual. Assim, a Corte entendeu no sentido de que mais de 3 anos para a regulação de guarda de uma criança foi um prazo não razoável.

Quanto à conduta das autoridades judiciais, o caso paradigma é *Damião Ximenes versus Brasil*. Em 1999, Damião faleceu em uma casa de repouso mantida pelo Sistema Único de Saúde do Brasil. Diante da inércia judicial, o caso chegou na Corte, tendo sido julgado em 2006. Na época do julgamento, sete anos após a ocorrência do fato, ainda não haviam sido conclusos os processos civil e penal no sistema judiciário brasileiro. A Corte entendeu que houve omissão e erros de investigação por parte das autoridades brasileiras no caso.

Destaca-se que o argumento de carências estruturais do Poder Judiciário não é satisfatório para justificar demora desarrazoada de um processo. No Recurso Especial nº 1.383.776 -AM, o relator analisa que tal

argumento pode ser usado na isenção de responsabilidade pessoal dos juízes, mas “não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente.”

O quarto critério apresenta especial relevância para este artigo que pretende analisar a duração razoável do processo para pessoas com deficiência¹². O caso selecionado – Sebastián Furlan *versus* Argentina – será analisado com mais detalhes por tratar da afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Tal afetação considera as peculiaridades do sujeito no processo, justificando a preferência de tramitação de processos que envolvam pessoas com deficiência – problema a ser analisado neste artigo.

O adolescente Sebastián Furlan, em 1988, pendurou-se em uma viga transversal em um prédio de propriedade do exército argentino no qual crianças costumavam brincar, sem qualquer empecilho de acesso. A viga caiu sobre Sebastián, gerando traumatismo encefalocraniano, resultando em dificuldades de fala e no uso de braços e pernas. Além disso, o acidente trouxe reação neurótica e transtorno obsessivo-compulsivo, deixando danos irreversíveis nas áreas motora e cognitiva de Sebastián.

Após 14 anos, o processo judicial de indenização pelos danos sofridos chegou ao fim. Salienta-se que o pai de Sebastián vendeu os títulos que recebeu em sentença por valor mais baixo para finalizar o processo, ou seja, o recebimento do valor da indenização poderia demorar ainda mais.

A grande questão é que a indenização pleiteada estava diretamente vinculada com a necessidade de tratamentos a que Sebastián estava sujeito. A longa duração do processo, impediu que o valor fosse usado nos

¹² Adota-se o conceito de pessoa com deficiência apresentado no Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

tratamentos de recuperação do jovem. Portanto, a não razoabilidade da duração processual afetou diretamente a situação da parte. Pereira e Dourado fazem uma análise interessante do caso Sebastián Furlan versus Argentina no sentido de que a demora do processo mitigou o direito de Sebastián a ser reintegrado na sociedade após o acidente que deixou sequelas permanentes¹³.

3 A duração razoável do processo e as pessoas com deficiência

Uma sociedade justa não estigmatiza as pessoas com deficiência, pelo contrário, apoia ações para o aperfeiçoamento da saúde, da educação e a plena participação na vida social dessas pessoas. As deficiências requerem uma rede de assistência que não pode ser ignorada ou adiada sob a desculpa de que afeta um número pequeno de pessoas¹⁴. Para a construção e estruturação dessa sociedade justa quanto à temática das deficiências, faz-se necessário o reconhecimento de que as pessoas com deficiência são indivíduos dotados de direitos e que requerem olhares diferenciados para atingirem níveis de autonomia e desenvolvimento.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, apresenta previsões legais no sentido de assegurar e promover o exercício de direitos e liberdades das pessoas com deficiência, com foco na inclusão social e na cidadania. Essa lei é uma resposta ao ato de ratificação do Brasil da Convenção de Nova York – a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – a qual tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por

¹³ PEREIRA, Luciane Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A duração razoável do processo como garantia de acesso à justiça sob a ótica da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Cadernos Estratégicos**: Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defensoria Pública Geral do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2018.

¹⁴ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 123-124.

todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Ainda tratando da referida Convenção, em seu artigo 4, na parte das obrigações gerais, há o compromisso dos Estados signatários em “levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência”. Um breve comentário sobre igualdade material faz-se considerável neste ponto. Conforme Gomes e Silva, a igualdade material (ou substancial) foca na avaliação das desigualdades práticas existentes na sociedade e como tais situações devem ser tratadas de maneira diferenciada para impedir o aprofundamento das desigualdades efetivas¹⁵. Dessa maneira, o tratamento de qualquer direito das pessoas com deficiência, precisa ser transpassado pela ideia de igualdade material, afinal estamos diante de um grupo com características específicas que sofrem desigualdades práticas ao longo dos anos.

Assim, os ensinamentos de Nussbaum que abrem esta seção sobre a necessidade de uma rede de assistência vão ao encontro da concepção de igualdade material e, conseqüentemente, para o cumprimento do dever assumido internacionalmente de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, o Brasil precisou (e ainda precisa) criar mecanismos para a efetivação desse compromisso.

Retomando o direito humano de duração razoável do processo sob a ótica da promoção dos direitos da pessoa com deficiência. Conforme Martins e Gonçalves, o Poder Judiciário também é transpassado por políticas públicas que tenham o condão de tornar eficaz os dispositivos constitucionais, dentre eles o acesso à justiça e um processo com duração

¹⁵ GOMES, J. B. B.; SILVA, D. L. L. As ações afirmativas e o processo de promoção da igualdade efetiva. In: **Seminário Internacional as Minorias e o Direito/Conselho da Justiça Federal**, Centro de Estudos Judiciários (AJUFE), Brasília, 2003.

razoável. Essas políticas devem favorecer a “inclusão social daqueles que por diversos fatores encontram-se excluídos da sociedade, mas que necessitam de solução eficaz para seus conflitos”.¹⁶

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 9º, trazia a previsão de que a “Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social”.

Uma interpretação restritiva, conduziu ao entendimento de que tal prioridade só era um direito quando o assunto discutido era relacionado à deficiência da parte. Tal interpretação foi, inclusive, objeto de Resolução do Supremo Tribunal de Justiça que previu na Resolução nº 2, de 25 de janeiro de 2005, no artigo 1º, que: “O Superior Tribunal de Justiça conferirá prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa portadora de deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência, conforme o disposto no art. 9º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989”.

Mister destacar que o argumento utilizado para tal interpretação foi o próprio dispositivo legal que trouxe a previsão do direito de tramitação prioritária para pessoas com deficiência. Conforme pode-se ler nessa previsão legal, aqui já transcrita, o que enseja o atendimento prioritário é o pleno exercício de direitos e a integração social das pessoas com deficiência. Novamente, elucidamos a questão da rede de assistência e a igualdade material: o Estado tem o dever de promover meios de acabar com desigualdades práticas existentes.

¹⁶ MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. As Políticas Públicas de Acesso à Justiça como Instrumento de Inclusão Social. MAILLART, Adriana Silva; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.) **XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE**. Acesso à Justiça II. São Paulo: Florianópolis/FUNJAB, 2013.

Assim, a preferência de tramitação processual não está atrelada à causa, mas à condição as pessoas com deficiência que requer um olhar diferenciado. E o que analisa Paula: “a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico”.¹⁷ Portanto, o que fundamenta a tramitação preferencial é o fato do sujeito ser deficiente e não por estra pleiteando algo relacionado à deficiência.

Dessa maneira, entende-se por equivocada a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal de Justiça. Felizmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deu fim a uma discussão existente sobre a prioridade de tramitação estar condicionada ao fato da demanda ter vínculo com a própria deficiência. Portanto, torna-se plenamente justificável a previsão de atendimento prioritário das pessoas com deficiência em “tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências”, conforme disposto na Lei 13.146 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, artigo 9º, VII.

Um exemplo interessante da garantia do direito à duração razoável do processo vem do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que confirmou, no final de 2019, decisões de primeiro grau determinando que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – conclua em 30 dias, prorrogáveis por igual período, desde que devidamente motivado, os pedidos de benefício assistencial feitos por idosos e pessoas com deficiência. O relator dos processos, desembargador federal Osni Cardoso Filho, afirma que “o direito à razoável duração do processo e à em sua

¹⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Monoele, 2002. p. 91.

tramitação, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, foi positivado como direito fundamental na Constituição”¹⁸.

O exemplo acima traz claro o critério da situação jurídica da parte, pois trata-se de benefício assistencial para idosos e pessoas com deficiência cuja renda do grupo familiar seja inferior a ¼ do salário mínimo, ou seja, há uma necessidade econômica da parte que depende da duração do processo para ser efetivada.

Conclusões

Como signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, o Brasil comprometeu-se em promover a garantia das pessoas com deficiência. O Estatuto da Pessoa com deficiência é um instrumento importante na concretização desse compromisso que prevê, dentre outros direitos, a tramitação processual preferencial.

Conforme apresentado, o Brasil adota a doutrina do “não prazo”, ou seja, não há uma previsão legal que fixe a duração dos processos. No entanto, há critérios que servem como parâmetros para a avaliação do tempo que seria desarrazoado para um processo. Tais critérios aparecem em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo o critério da situação jurídica da parte o que traz maior relevância para a análise feita neste artigo.

O Estado deve garantir uma rede de assistência para as pessoas com deficiência e a questão da tramitação preferencial, para a redução do tempo do processo, baseia-se na ideia da situação específica da parte. Por algum tempo, houve a discussão sobre a vinculação da preferência de tramitação com a causa estar vinculada à deficiência do sujeito. Essa

¹⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Justiça limita prazo para que INSS análise pedidos*. 09 dez 19. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14940. Acesso em: 01 fev. 2021.

interpretação desconsidera a necessidade de garantia e inclusão dos indivíduos com deficiência na sociedade, considerando que há desigualdades práticas que transpassam a vida desses sujeitos.

Logo, o direito à duração razoável do processo é um direito humano que deve ser garantido a todos, mas, diante da ótica da igualdade material, fez-se necessário um olhar diferenciado para a garantia desse direito para as pessoas com deficiência.

Referências

- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Edições Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GOMES, J. B. B.; SILVA, D. L. L. As ações afirmativas e o processo de promoção da igualdade efetiva. In: **Seminário Internacional as Minorias e o Direito/Conselho da Justiça Federal**, Centro de Estudos Judiciários (AJUFE), Brasília, 2003.
- JOBIM, Marco, Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, Versão Ebook.
- LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. As Políticas Públicas de Acesso à Justiça como Instrumento de Inclusão Social. MAILLART, Adriana Silva; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.) **XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE**. Acesso à Justiça II. São Paulo: Florianópolis/FUNJAB, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. São Paulo: Monoele, 2002.

PEREIRA, Luciane Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A duração razoável do processo como garantia de acesso à justiça sob a ótica da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Cadernos Estratégicos**: Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defensoria Pública Geral do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2018.

RAMOS, Carlos Henrique. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4 REGIÃO. **Justiça limita prazo para que INSS análise pedidos**. 09 dez 19. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14940. Acesso em: 01 fev. 2021.

Estatuto da Criança e do Adolescente: uma análise da efetividade de suas medidas de proteção

*Milena dos Santos Vieira*¹
*Mariana Menna Barreto Azambuja*²

1 Introdução

Este trabalho faz uma análise sobre as Medidas de Proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente sobre sua ineficácia. Como qualquer matéria do Direito os desentendimentos sempre existirão e tendem a ser diminuídos com a evolução histórico-social e a busca constante pelas prospecções que são depositadas em uma lei quando se promove a mesma. É um trabalho complexo e que requer muito empenho e tempo, pois obter os objetivos de uma lei tão avançada como o Estatuto demanda uma mudança cultural na sociedade e sabedoria para que independente dos contratempos não se deixe estagnar em nenhum momento.

Neste caso será observada a evolução histórica, os artigos de lei pertinentes as Medidas de Proteção, bem como entrevistas para relacionar a prática dessas medidas e obter respostas sobre a efetividade das mesmas. É importantíssimo que estas normas tão modernas possam ser cumpridas em sua totalidade para se obter a sociedade que queremos.

A cooperação da sociedade e do Estado para a proteção das crianças está intimamente ligada a eficácia de cada medida proposta, pois a

¹ Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Verbo Jurídico. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESUCA. Advogada.

² Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Professora e Coordenadora Acadêmica no Centro Universitário CESUCA. Orientadora do presente artigo.

sociedade desempenha o papel de educar, cuidar, proteger as crianças e isso implica em tentar que se aplique a medida necessária quando for preciso; que seja chamado o Conselho Tutelar ou como comunidade em geral a repreensão das crianças na medida em que afrontam princípios éticos e de conduta moral é indispensável para educar e disciplinar aquela pessoa em desenvolvimento com cuidado e proteção especial.

Serão abordados aspectos práticos referentes ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público e aos próprios interessados e diretamente atingidos pelas Medidas de Proteção a fim de apresentar uma visão completa sobre sua efetividade.

As Medidas de Proteção têm caráter importantíssimo, pois são aplicações feitas nos primeiros anos de vida de uma pessoa. Sendo aplicadas de forma satisfatória, auxiliam na proteção da criança, em uma segurança social e também a termos um país mais digno e cidadão. Muito se fala sobre as medidas socioeducativas que são aplicadas aos jovens infratores, porém antes desta situação fatídica acontecer, por vezes, essa criança demonstrou diversos traços de negligência ou até mesmo dificuldade de se disciplinar e talvez se fossem acompanhada com as medidas de proteção poderia ter sido recuperada antes de se tornar adolescente.

A ineficácia, de uma forma geral, das medidas de proteção reflete diretamente na sociedade e seu futuro, restringindo direitos e aumentando cada vez mais a desigualdades do nosso país.

Essa pesquisa tem a intenção de analisar a teoria e a prática das medidas de proteção para que venha a identificar os principais pontos controvertidos e o que poderia mudar para uma maior efetividade da lei do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 Evolução histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes

É evidente a indispensabilidade do Estatuto da Criança e Adolescente nos dias de hoje, porém nem sempre foi assim. É necessário retroceder algumas décadas na história para observar a primordialidade e a criação deste estatuto, assim como, analisando as situações fáticas que transcorreram ao longo desses mais de 29 (vinte e nove) anos desde a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se ver diversos pontos que culminaram em uma ineficácia das medidas de proteção em determinados casos que ainda hoje não foram superados.³

O conceito de criança foi criado no século XVIII. Neste momento aquela sociedade em que crianças, jovens e adultos estão misturados nos mesmos setores de trabalho, lazer e todo tipo de atividade cotidiana, dá lugar a uma sociedade onde a criança tem o seu próprio espaço.⁴

Desse modo, apesar da evolução constante, até o século XIX as crianças ainda costumavam trabalhar na lavoura de forma indiscriminada. Porém com a ascensão da classe média e a crescente escolarização da população, o trabalho infantil passou a ser combatido por políticas públicas, construindo uma separação mais visível entre a vida adulta e suas respectivas obrigações e a vida inocente e pura das crianças.⁵

A partir dos anos 80, houve uma enorme mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, massificada pela pressão de diversos organismos internacionais, como o Unicef, foi indispensável para que o legislador constituinte se tornasse sensível a uma causa já reconhecida como

³ SOUZA, Marco Antônio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Página 14.

⁴ SCHERER, René. **Infantis**: Charles Fourier e a infância para além das crianças. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. Página 68.

⁵ JENKINS, Henry. **Childhood innocence and other modern myths**. Nova Iorque: New York University Press, 1998. Página 19.

primordial em diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948). A nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral.⁶

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal, com os mais diversos aspectos sociais em todos os campos do Direito e atingindo a todos da sociedade. Inclusive com o artigo 277 que trata exatamente deste tema, como pode-se observar a seguir:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁷

Como pode-se observar o cunho social deste artigo, além disso é o que positiva na Constituição o sentido da proteção integral. Desta forma, a criança e ao adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos na sua integralidade e por lei.⁸

Em 1990, o Estatuto da Criança e o Adolescente foi promulgado e a sua implantação deve ser entendida como uma lenta absorção perante a sociedade com diversos ápices de compreensão e ignorância conforme a história das experiências sociais, jurídicas e políticas fora atingindo, e atinge até hoje, cada grupo da sociedade.⁹

⁶ SOUZA, Marco Antônio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Página 14.

⁷ BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 jun 2021.

⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 11.

⁹ SOUZA, Marco Antonio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Página 14.

A incredulidade de parcela da população em relação a proteção das crianças e dos adolescentes às vezes aparece como mera barbárie por sanções pesadas demais a serem aplicadas em crianças e jovens, entretanto se acredita que na verdade apenas são a desconfiança ou até mesmo a certeza de que o Estado não consegue cumprir com a estrutura que demanda a missão de proteger os menores de idade, ou que seja a crença em uma associação inerente entre o crime e as camadas mais pobres da sociedade que utilizam estes jovens como recrutas principalmente em relação ao tráfico de drogas.¹⁰

Embora os movimentos sociais tenham construído uma cultura política baseada nos princípios éticos dos direitos humanos, a sociedade brasileira ainda apresenta um elevado grau de desigualdade, o que demonstra a carência de direitos sociais e econômicos. Sem estes, os direitos civis e políticos, conquistados ao longo das décadas de 1970 e 1980, são permanentemente colocados sob o risco, e o paradoxo presente nas relações entre a regulação e a emancipação põe-se em movimento nesse processo de concretizar, ou não, as aspirações de liberdade e igualdade que os direitos humanos prometem desde o princípio da modernidade.¹¹

Menciona João Batista Saraiva sobre este problema paradoxal: “O ECA é uma das leis mais avançadas do mundo, porém nunca ter sido implantado em sua totalidade contribui para críticas.”¹²

Sem dúvida é necessária uma mudança social e estatal no que tange a proteção das crianças, e sobre este tema específico, as medidas de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando sua eficácia gradual e absoluta.

¹⁰ SOUZA, Marco Antônio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Página 21.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. Página 14.

¹² SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes e Ato infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Página 200.

3 Estudo à legislação do estatuto

Para uma compreensão geral do Estatuto da Criança e do Adolescente é imprescindível saber os seus critérios de interpretação. Essa forma própria está positivada no Estatuto em seu artigo 6º, que informa que todas as normas desta lei devem ser interpretadas conforme alguns critérios especiais, que são: a) os fins sociais a que ele se dirige; b) as exigências do bem comum; c) os direitos e deveres individuais e coletivos e; d) a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

É importante destacar que o termo “pessoa em desenvolvimento” evidencia o tamanho da proteção que se deve ter com estes indivíduos e não apenas a fim de proteger, mas também com o intuito de ensinar da melhor forma possível. A proteção indica que existe uma pessoa que necessita desta proteção e outra ou outras capazes de proteger a primeira. Por isso, outro Princípio tão relevante é o da própria Proteção Integral.

Nas disposições gerais da Lei 8069/90 se encontra o artigo 98 qual trata das situações passíveis de aplicação das medidas de proteção. Segue o artigo supracitado:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta.¹³

De antemão, é necessário dizer que, diante do defeito da redação da lei do Estatuto, por descuido, se faz menção à crianças e adolescentes,

¹³ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 jun 2021.

porém as medidas de proteção são destinadas apenas a crianças (pessoas em desenvolvimento de 0-12 anos incompletos).¹⁴

Ao capítulo seguinte é destacado que as medidas de proteção podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e contém princípios que regem a aplicação dessas medidas que demonstram o caráter material e processual desta lei, novamente demonstrando a sua amplitude.

O artigo 101 dessa lei é onde se abrange os tipos de medidas de proteção. Esta parte do Estatuto é o real tema desta pesquisa que tem como objetivo analisar as medidas de proteção com os demais artigos relacionados sob o intento de demonstrar os problemas que podem acarretar as diferenças entre a teoria e a prática desta lei e, conseqüentemente, a ineficácia da mesma.

Não há meio de se falar em medidas de proteção sem entrar no campo de competências tanto para aplicar como para executar as medidas. Desta forma, a competência para aplicar as medidas é em sua grande maioria destinada ao Conselho Tutelar de cada cidade que pode fazê-las de ofício em relação ao art. 101, I ao VI, podendo ser revisada a decisão pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude.¹⁵

Já a competência para executar cada medida de proteção depende do respectivo direito ameaçado, por exemplo, uma medida de proteção que envolve a saúde da criança será executada pelo setor de saúde.

A primeira medida é a de encaminhamento da criança aos pais ou responsáveis mediante termo de responsabilidade. Esta medida basicamente é a entrega da criança ao lar com advertência de forma verbal e assinatura de um termo de responsabilidade onde é reforçado os deveres

¹⁴ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. Página 97.

¹⁵ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011. Página 326.

de cuidado e proteção com a criança, bem como fica advertido de que em reiteradas práticas de displicência com a criança pode haver a perda do poder familiar.¹⁶

A medida subsequente é a de orientação, apoio e acompanhamento temporário da criança. Essa medida é no caso de reiteradas faltas onde fica visível que a criança tem dificuldades em se adaptar com as regras de convivência em sociedade.¹⁷

A seguinte medida é a matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental. É autoexplicativa e não traz dúvidas sobre sua exigibilidade.

A próxima medida se trata da inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. Não é difícil constatar hipóteses nas quais a ameaça ou a violação aos direitos infantis e juvenis está diretamente ligada a situação de vulnerabilidade da família. Neste caso, a autoridade responsável pesquisará a rede de atendimento existente na localidade da residência da criança ou do adolescente, identificando o programa mais adequado às necessidades de todos os integrantes de seu núcleo familiar.¹⁸

O inciso V traz a seguinte redação: requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial. Evidentemente, este inciso se refere ao direito à vida e saúde da criança, que sendo ameaçado por qualquer situação trazida no artigo 98 desta Lei, deve ser aplicada esta medida, conforme necessidade.

¹⁶ TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 530.

¹⁷ MOUSNIER, Conceição. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. Página 345.

¹⁸ TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 531.

O próximo inciso se refere a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, que tange sobre o mesmo tema da medida anterior. Ambas as providencias vinculam-se ao direito á saúde que, em si tratando de crianças e adolescente, deve ser garantido de forma prioritária.¹⁹

Já os últimos três incisos deste artigo, de forma geral, tratam da retirada da criança do seio familiar e acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar ou colocação em família substituta. São ações que tomam atitudes drásticas em relação à criança e a sua família ou responsáveis, pois retira esta criança do seu seio familiar por tempo que deve ser curto, mas na prática é indeterminado e apesar de ser um último recurso que poderia ter consequências devastadoras se não o fizessem, pode causar perturbações principalmente a pessoa em desenvolvimento em questão, por todo esse contexto que sua aplicabilidade é a mais rara das medidas protetivas.²⁰

Verificar o contexto social que uma norma é criada juntamente com a letra fria da lei é o que traz as intenções do legislador ao elaborar cada artigo do texto. Desta forma, com um estudo voltado a finalidade da lei fica mais límpido o objetivo, e, no que tange especialmente a este estudo, o motivo pelo qual este propósito ainda não foi totalmente alcançado.

4 A falta de conhecimento das medidas de proteção e seus objetivos por parte da sociedade

Diante do exposto na parte teórica, sobre como o estatuto realmente deve funcionar e sobre as intenções do legislador ao realizar esta lei, serão abrangidos possíveis pontos sobre o motivo ou motivos da distância entre

¹⁹ TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 531.

²⁰ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011. Página 300.

o fim esperado e a realidade das medidas de proteção em amplo espectro de pesquisa.

Estas possíveis razões são fruto da pesquisa teórica juntamente com entrevistas e pesquisas de campo realizadas sobre as medidas no ano de 2018, bem como notícias reais sobre casos de aplicação das medidas protetivas.

O primeiro ponto é a falta de conhecimento da sociedade como própria atingida pela (in)eficácia dessa lei, tendo em vista que é imprescindível que as próprias crianças, assim como os pais ou responsáveis saibam sobre seus direitos e deveres em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Apenas as pessoas suficientemente informadas são capazes de reconhecer seus direitos e fazer com que eles se tornem socialmente eficazes.²¹

No mesmo sentido Geraldo Nóbrega ressalta a proteção como sendo obrigação do Estado em garantir os serviços públicos, mas é função da família, e, na falta desta, da sociedade, que todos os serviços assim como os direitos cheguem aos seus destinatários.²²

A verdade é que sobre essa ótica culmina-se no direito à educação. Neste caso especificamente sobre o conhecimento das medidas de proteção é necessário passar pela fase de conhecimento das medidas e o quanto mais cedo ela ocorrer melhor para toda a sociedade, porém isso requer tempo, dedicação e paciência, assim como para qualquer ensinamento é preciso respeitar a educação e o seu processo.²³

É básico que haja esta educação e que ela ocorra por meio de toda a sociedade, seja com a família, instituições independentes ou pelo Estado.

²¹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre factilidade e validade**. Volume 2. Rio de JANAIEIRO: Tempo Brasileiro, 1997. Página 149.

²² NÓBREGA, Geraldo. **Nas Trilhas da Proteção Integral**: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015. Página 280.

²³ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Página 180.

Se eximir desta responsabilidade pode ser contribuir diretamente para o não funcionamento das medidas de proteção.²⁴

Justamente sobre o paradoxo entre os artigos de lei do Estatuto da Criança e do Adolescente e a sua eficácia, discorre Marco Antônio de Souza:

É difícil explicar como uma sociedade eivada de anacronismos pode ser capaz de editar uma legislação que no final das contas põe à mostra o seu reverso. (...) provavelmente um desses caminhos seja a educação voltada para a busca da cidadania com ênfase nos direitos civis que alargam os horizontes contra qualquer princípio autoritário.²⁵

Frente ao exposto sobre a falta de educação e conhecimento sobre as medidas de proteção por parte dos seus destinatários chegamos ao ponto crucial da ineficácia jurídica e social da norma.

A situação ideal em pese de educação, reconhecimento e cidadania seria onde a crianças tivessem total participação nos espaços para escuta, e assim, desenvolvimento de programas e processos em relação as medidas de proteção. Porém, para que seja incorporada essa participação e efetivação dos direitos da criança com presença ativa nos espaços políticos e sociais é necessário que haja um estímulo e apoio contínuo nesse sentido, estes deveriam vir da família, escola, Estado e sociedade como um todo.²⁶

Ademais, observando a situação fática por meio de uma entrevista com um Conselheiro Tutelar do município de Gravataí, o mesmo também salienta sobre a importância da participação da comunidade para melhor

²⁴ HERKENHOFF, João Baptista. **Constituinte e educação**. Petrópolis: Vozes, 1987. Página 73

²⁵ SOUZA, Marco Antônio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Página 28.

²⁶ VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 181.

efetividade das medidas de proteção: “É necessário o auxílio da população para que sejam feitas as denúncias.”²⁷

Uma pesquisa realizada pelo Data Senado em 2010, ouviu 1.176 pessoas, revelou que 38% das pessoas pensam que o Estatuto é uma lei que trata especificamente sobre jovens infratores e outros 36% acham que a função do Conselho Tutelar é punir o jovem que desobedece a lei.²⁸

Ademais, uma pesquisa realizada no Estado do Rio de Janeiro, em 2010 mostrou o que as pessoas pensam sobre a situação das crianças e adolescentes no Brasil:

Situação	Percentual em %
Melhorou	71%
Ficou igual	11%
Piorou	9%
Melhorou muito	5%
Piorou muito	3%
Não sabe/não opinou	1%

29

Tendo em vista o exposto sobre este tópico de uma possível causa para a ineficácia das medidas de proteção resta o entendimento de que com mais educação e propriedade sobre o tema mais pessoas de toda a sociedade, bem como as pessoas em desenvolvimento, principais atingidas pelas medidas, seriam melhor amparadas de forma geral cumprindo efetivamente o dever de proteção.

5 O atendimento das entidades de assistência, saúde e educação

O Conselho Tutelar, como já visto na parte teórica, tem a função de buscar, se necessário, serviços públicos de saúde, educação, assistência,

²⁷ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí Charles em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 69.

²⁸ BRASIL, pesquisa do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/noticia.asp?not=31>. Acesso em: 19 jun 2021.

²⁹ VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 59.

entre outros, para garantir o atendimento que a criança precise em face da medida de proteção que irá auxiliar a mesma da melhor forma possível.

Esse tratamento especializado deve ser cumprido por cada órgão específico e no caso da criança ou da sua família não serem atendidas ou serem atendidas de forma inadequada o Conselho deverá encaminhar a autoridade judiciária explicando o prejuízo ou o risco que esta falta ou omissão poderá acarretar em detrimento dos direitos da criança, conforme artigo 236 do Estatuto.³⁰

Neste caso, o possível problema da efetividade das medidas de proteção passa por um âmbito interdisciplinar que envolve uma grande parte dos serviços básicos oferecidos pelo Estado, ou seja, está intimamente ligado a prestação básica que atinge não somente as crianças, mas a toda a sociedade que não tem condições de pagar pelos serviços privados. Esses e outros problemas precisam ser enfrentados com firmeza porque ameaçam, negam e suprimem, diariamente, os direitos das crianças e adolescentes brasileiros.³¹

Efetivar esses direitos protegidos pelo Estatuto é uma questão também de respeito com seus destinatários, segundo Elias, ressalta que são obrigações de todos perante as pessoas em desenvolvimento ações de proteção da integridade física, psíquica e moral. Na questão da violência física não é somente a hipótese de maus tratos e lesões que importa, mas tudo o que impede ou dificulta a preservação e desenvolvimento do corpo da criança.³²

Especialmente sobre as medidas de proteção que necessitam de apoio assistencial, de saúde ou de educação é inviável fazê-las sem esta base de

³⁰ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Páginas 95-99.

³¹ GOMES, Christianne Luce. **Nas Trilhas da Proteção Integral: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015. Página 99.

³² ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005. Página 18.

serviços de qualidade. Não é possível ter efetividade nas medidas se os órgãos que são responsáveis por executá-las não tem a quantidade ou qualidade suficiente para atender as demandas. Isso sem esquecer das medidas que envolvem os pais os responsáveis das crianças que também precisam de atendimento médico e inserção em programas de acompanhamento dos mais diversos tipos.³³

Em se tratando de fazer cumprir o papel de cada órgão o Conselho Tutelar em si não tem o poder, nem a atribuição de prestar os serviços de atendimento demandados das medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas é imprescindível que o mesmo fiscalize quem as deva cumprir para que o faça efetivamente.³⁴

O Ministério Público também tem essa função importantíssima, pois a intervenção ministerial reclamada está longe de se limitar a uma ou outra ação de forma pontual. Este órgão precisa realizar seu encargo de forma muito mais abrangente, cobrando posturas de todos os outros órgãos que devem cumprir as medidas de proteção e não o fazem por diversos motivos, nenhum é suficiente para não proteger as crianças e adolescentes como a lei determina.³⁵

Demonstrando na prática qual a necessidade dos órgãos de assistência e saúde, na entrevista com o conselheiro tutelar o mesmo ressalta: “no ano de 2017, eu Charles Castro, encaminhei para abrigo 14 crianças/adolescentes e internei em fazenda terapêutica mais de 10.”³⁶

³³ Entrevista com a Procuradora da Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre: Cinara Vianna Dutra Braga. Realizada no dia 10/04/2018. Anexo A no Trabalho de Monografia. Páginas 59 e 60.

³⁴ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a Criança e o Ato Infracional: Proteção ou Punição?**. Canoas: Editora Ulbra, 2002. Página 35.

³⁵ MARTINES, Júnior. **Educação, Cidadania e Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e sua abrangência**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2006. Página 316.

³⁶ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 63.

Ademais, segue a tabela respondida pelo conselheiro considerando o conjunto de entidades da sociedade civil e entidades públicas do município, indicando se os atendimentos são adequados em qualidade e quantidade:

Tipos de atendimento	Situação			
	Não existe no município e não é necessário	Não existe no município, mas é necessário	Existe no município, mas em quantidade e/ou qualidade inadequadas	Existe no município, em quantidade e qualidade Adequadas
Orientação e apoio sócio familiar (Ações direcionadas às famílias, com o objetivo de ajudá-las a proteger e cuidar de suas crianças e adolescentes e/ou a se estruturarem para enfrentar dificuldades ou situações de risco)				X
Apoio socioeducativo em meio aberto para crianças até 3anos de idade (Ações dirigidas a crianças até 3 anos, em situação de vulnerabilidade social ou carência física, tais como, serviços prestados por creches, em que a criança permanece de 6 a 8 horas diárias na entidade, recebendo cuidados nas áreas de alimentação, saúde e educação)			X	
Apoio socioeducativo em meio aberto para crianças de 4a 6 anos de idade (Ações dirigidas a crianças de 4 a 6 anos, em situação de vulnerabilidade social ou carência física, tais como programas de educação infantil ou pré-escola em que a criança permanece de 6 a 8 horas diárias na entidade, recebendo cuidados diários nas áreas de alimentação, saúde e educação)			X	
Eradicação do trabalho infantil (Programas ou ações voltadas a crianças que já tiveram envolvimento com trabalho infantil, que atuam para preservar o vínculo das crianças com a escola, oferecendo a elas atividades socioeducativas complementares e buscando orientar as famílias nesta área)		X		

Programas profissionalizantes de preparação de adolescentes para o mercado de trabalho (Ações destinadas aadolescentes acima de 14 anos, que propiciam o desenvolvimento de habilidades profissionais e/ou capacitação para o exercício de atividades remuneradas, estimulando, ao mesmo tempo, o desenvolvimento pessoal e social dos adolescentes)			X	
--	--	--	---	--

37

Desta forma, restou a análise sobre este possível entrave para a efetividade das medidas de proteção. O grande problema neste caso é a falta de qualidade ou quantidade na prestação dos serviços básicos. Não se pode negar que muito foi feito em relação a assistência social e políticas públicas em favor das crianças desse os anos 90, porém muito ainda precisa ser feito para que cheguemos a um estado ideal de proteção integral e respeito pelas pessoas em desenvolvimento.³⁸

6 A estrutura pessoal, material e de capacitação nos conselhos tutelares

O Conselho Tutelar é um órgão da administração pública, conforme artigo 131, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente, desta forma, entende-se as unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do estado.³⁹

Este órgão desde a sua criação foi visto como um instituto moderno justamente por ser autônomo e desjudicializado nas questões sociais, a fim de obter sucesso nas políticas públicas e não por ações repressivas, porém muitas vezes não é possível desempenhar completamente suas funções por falta de apoio do Estado.⁴⁰

³⁷ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 68.

³⁸ SILVA, Fernando; GUIMARÃES, Beatriz. **Nas Trilhas da Proteção Integral**: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015. Página 14.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 28ª edição. Página 140.

⁴⁰ BRAGAGLIA, Mônica. **Auto-organização**: Um caminho promissor para o Conselho Tutelar. Porto Alegre: PUC, 2003. Página 26.

Como grande parte dos problemas sociais, neste ponto também é necessário dizer que falta dinheiro ou investimento para que se tenha sucesso nesse órgão de política pública que é o Conselho Tutelar.

Afim de demonstrar a importância da estrutura pessoal que possa dar efetividade para que as medidas de proteção sejam realmente cumpridas como se espera, o Conselheiro Tutelar afirma que se tem 10 Conselheiros Tutelares para atender uma cidade com aproximadamente 270 mil habitantes⁴¹, ainda afirma que o excesso de demandas tem dificultado um atendimento adequado por parte do Conselho Tutelar⁴² e que seria muito interessante a criação de mais Conselhos no município para um atendimento mais completo.⁴³

A relação de cuidado não é atributo exclusivo do Conselho Tutelar, mas os conselheiros precisam estar atentos no tratamento que a criança recebe dia-a-dia dos seus familiares, professores, comunidade e demais. É imprescindível ter uma sensibilidade para isto, porém além desta sensibilidade é necessário ter tempo e pessoas para exercer este trabalho de forma completa e lhes dando o devido apreço.⁴⁴

É preciso reconhecer que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma proposta muito moderna e arrojada em vista da conjuntura da malha de proteção das pessoas em desenvolvimento, pois busca que os órgãos estejam interligados e boa parte desta ligação resta como obrigação do Conselho Tutelar, porém o mesmo não possui todo o arcabouço necessário

⁴¹ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 62.

⁴² Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 72.

⁴³ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 67.

⁴⁴ CARVALHO, Pedro Caetano de. O Conselheiro Tutelar e a Ética do Cuidado, publicado in "A Ética da Convivência Familiar. Sua efetividade no cotidiano dos Tribunais." Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Página 361.

para desenvolver esta tarefa de forma completa e eficaz. Apesar da evolução ainda há muito a se fazer.⁴⁵

Nesta mesma entrevista o Conselheiro fala sobre a dificuldade da estrutura material no Conselho Tutelar ressaltando a necessidade de melhorias nos equipamentos do Conselho Tutelar como computadores, internet, telefones e até mesmo carros que são muito utilizados para cumprir as medidas de proteção.⁴⁶

Ademais, existe um problema em relação a capacitação dos Conselheiros Tutelares. Conforme entrevista com o Conselheiro, os mesmos possuem um curso de capacitação de 200 horas que é fornecido pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente.⁴⁷ Porém para a Procuradora Cinara não é o suficiente, pois “na maioria das vezes os Conselheiros Tutelares são bem-intencionados, mas mal preparados. Precisaria ter uma boa capacitação e não tem.”⁴⁸

A Procuradora ainda salienta que, em sua opinião, a maior causa para a ineficácia das Medidas de Proteção é porque as mesmas são mal executadas pelo Conselho Tutelar, pois o mesmo não é preparado. Afirma, “O órgão não tem pessoal suficiente, nem estrutura para o atendimento que faz”.⁴⁹

O próprio Conselheiro Tutelar confirma que é importante que haja mais capacitação dos conselheiros para aprimorar sua capacidade de compreender, interpretar e aplicar de forma consistente as normas e

⁴⁵ VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescente: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 62.

⁴⁶ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 67.

⁴⁷ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 62.

⁴⁸ Entrevista com a Procuradora da Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre: Cinara Vianna Dutra Braga. Realizada no dia 10/04/2018. Anexo A no Trabalho de Monografia. Páginas 59 e 60.

⁴⁹ Entrevista com a Procuradora da Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre: Cinara Vianna Dutra Braga. Realizada no dia 10/04/2018. Anexo A no Trabalho de Monografia. Páginas 59 e 60.

princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a existência de política ou programas que favoreçam uma ação mais orgânica e menos pontual.⁵⁰ Apesar de 45% dos Conselhos afirmarem que os Conselheiros Tutelares recebem alguma capacitação para este trabalho se mostra imprescindível uma formação continuado.⁵¹

Diante disso, de forma prática, houve a exposição de mais uma possível causa para a ineficácia das medidas de proteção. Um investimento no Conselho Tutelar, órgão de imensa importância para o Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser fundamental para a melhoria no atendimento das pessoas em desenvolvimento.

7 A comunicação da malha protetiva

Diante de todos os direitos reconhecidos e de todas os responsáveis pela efetivação destes direitos às pessoas em desenvolvimento e a promoção da Doutrina de Proteção Integral se criou a necessidade implícita de uma malha protetiva para a criança e o adolescente.⁵²

Essa malha protetiva ocorre diante da necessidade de envolver diversas pessoas, bem como diversas áreas de estudo para alcançar os objetivos propostos pela Doutrina da Proteção Integral. Como já visto anteriormente, a Proteção Integral abrange todas áreas de direitos básicos para uma vida saudável, como por exemplo, as áreas da saúde, educação, segurança e lazer.⁵³

A partir deste ponto, com a ativa participação na constituinte, foi criando Fórum Nacional de Defesa de Direitos da Criança – Fórum DCA.

⁵⁰Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 52.

⁵¹ VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescente: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 127.

⁵² VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescente: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 126.

⁵³ VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescente: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Página 130.

Em seguida, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o mesmo foi considerado uma lei avançada não apenas pelo discurso de direitos especiais as crianças e adolescentes, mas também por prever instrumentos da viabilização desses direitos. Entre os principais estão os Conselhos de Direitos, os Conselhos Tutelares e os Fundos das Crianças.⁵⁴

Os Conselhos de Direitos das crianças e adolescentes são divididos entre conselhos municipais, estaduais e o nacional – CONANDA. O objetivo do estatuto é que cada município tenha o seu Conselho Municipal de Direitos, pois é através desse conselho que é possível ter uma visão da realidade e assim formular e executar políticas públicas específicas para os problemas de cada região. Além disso, com essa ligação próximas as comunidades também é possível acompanhar os programas de atendimento não governamentais.⁵⁵

O CONANDA tem a função, em âmbito nacional, de trazer resoluções sobre todos os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como criar programas e acompanhar os que já são realizados. O Decreto número 5.089 de 2004 prevê a composição, estrutura, competência e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Neste contexto, o ideal para a comunicação da malha protetiva é que todos os órgãos sigam as resoluções do CONANDA, porém lugares mais distantes ou com pouca estrutura não conseguem fazer este acompanhamento em tempo hábil.⁵⁶

Nem todos municípios do Brasil possuem um Conselho Municipal de Direitos, ou seja, esse é um objetivo do Estatuto que ainda não foi

⁵⁴ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 26.

⁵⁵ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 26.

⁵⁶ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 27.

totalmente alcançado e faz uma ligação muito singular com a Doutrina da Proteção Integral e a sociedade, sendo de extrema importância para o desenvolvimento da malha protetiva.⁵⁷

É possível que uma grande dificuldade da relação da malha protetiva esteja entre o Conselho Tutelar e as outras instituições ou vice e versa. Uma pequena falta de comunicação entre o Conselho tutelar e por exemplo uma instituição de saúde, pode acarretar diversos problemas para efetivação de uma medida de proteção, pois sem a comunicação ideal pode ser que uma criança fique sem o atendimento hospitalar necessário, sem um acompanhamento psicológico que seja imprescindível ou até mesmo sem uma internação necessária em caso de tratamento toxicológico.⁵⁸

Além desses mecanismos, em 1997 foi criado o Sistema de Informações para Crianças e Adolescentes (SIPIA), o mesmo faz o trabalho de transferir informações entre os mecanismos citados para que haja um acompanhamento completo da criança ou adolescente que tenha sido atendido pelo Conselho Tutelar.⁵⁹

Entretanto, mesmo após 24 anos de sua criação o SIPIA ainda não tem funcionamento em diversos municípios do país. O que faz com que a interação entre Conselho Tutelares, mesmo que de um mesmo município, seja extremamente difícil.⁶⁰

Inclusive em entrevista com o conselheiro tutelar do município de Gravataí o mesmo informou que não há acesso ao SIPIA, pois o mesmo não foi instalado neste Conselho Tutelar, ressaltando que o município em

⁵⁷ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 27.

⁵⁸ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a Criança e o Ato Infracional**: Proteção ou Punição?. Canoas: Editora Ulbra, 2002. Página 30.

⁵⁹ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 27.

⁶⁰ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política**: teorias e práticas. Porto Alegre: SGE, 2015. Página 28.

questão fica em uma região metropolitana e possui mais de 200 mil habitantes.⁶¹

Observando todos os dados trazidos nota-se que desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente houve uma grande evolução em matéria de reconhecimento e aplicação dos direitos das crianças e dos adolescentes, porém, conforme foi analisado, ainda existe muito o que fazer para que se chegue ao patamar almejado de proteção e cuidado com as pessoas em desenvolvimento e acredita-se que essa evolução passe por um aprimoramento também da comunicação da malha protetiva.

Conclusão

Foi analisada a evolução histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente, esta evolução trouxe a construção de conceitos básicos como a infância e assim, ao longo do tempo, ainda na parte teórica, discorreu sobre os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange especificamente sobre as medidas de proteção, bem como os princípios de análise que as regem e as competências para aplicar e executar as medidas de proteção.

Após, houve um estudo prático do tema, incluindo pesquisas e entrevistas com Conselheiro Tutelar e Procuradora da Vara da Infância e Juventude. Essas entrevistas e pesquisas foram colocadas no trabalho com o intuito de agregar sobre a análise da real situação de efetividade das medidas e conseguir verificar possíveis problemas que são enfrentados para a palpabilidade das mesmas.

Na entrevista com o Conselheiro Tutelar foram percebidos alguns pontos de grande dificuldade dentro do órgão que atrapalham em grande escala a aplicação das medidas de proteção.

⁶¹ Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí: Charles Carlos, em 20/03/2018. Anexo B no Trabalho de Monografia. Página 67.

Na entrevista com a Procuradora foi alcançada uma visão mais ampla sobre a ineficácia das medidas de proteção, pois envolve o Ministério Público, Conselho Tutelar e todas as entidades que são responsáveis pela execução das medidas de proteção de saúde, assistência social, educação e lazer de forma geral.

Ainda, foram citadas pesquisas realizadas por outros órgãos em busca de uma análise da prática das medidas de proteção da forma mais concreta e real possível.

Foram verificados quatro pontos principais que podem ser os maiores problemas enfrentados pelos órgãos responsáveis pela efetividade das medidas, sendo eles: a falta de conhecimento da sociedade, a falta de recursos das entidades de assistência, saúde e educação, a falta de estrutura pessoal, material e de capacitação nos Conselhos Tutelares e a comunicação da malha protetiva.

De forma geral, todos os pontos culminam em falta de recursos de pessoal, estrutural, capacitação continuada e também de educação em forma de conhecimento e publicidade da real função do Estatuto da Criança e do Adolescente e suas medidas de proteção para toda a sociedade.

Diante da importância das medidas de proteção, que tem grande potencial para impedir que tenhamos adolescentes infratores no futuro, mas que não detêm o seu devido valor por parte do Estado e da sociedade como um todo, é que se fez relevante analisar sua efetividade obtendo os resultados citados acima e deixando aberto para discussões sobre as formas de resolução destas dificuldades da melhor forma possível.

Referências

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13^a edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BRAGAGLIA, Mônica. **Auto-organização: Um caminho promissor para o Conselho Tutelar**. Porto Alegre: PUC, 2003.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 jun 2021.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 jun 2021.

BRASIL, pesquisa do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/noticia.asp?not=31>. Acesso em: 19 jun 2021.

CARVALHO, Pedro Caetano de. O Conselheiro Tutelar e a Ética do Cuidado, publicado in **“A Ética da Convivência Familiar. Sua efetividade no cotidiano dos Tribunais.”** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Entrevista com a Procuradora da Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre: Cinara Vianna Dutra Braga. Realizada no dia 10/04/2018. Anexo A do Trabalho de Monografia.

Entrevista realizada com o Conselheiro Tutelar do município de Gravataí Charles em 20/03/2018. Anexo B do Trabalho de Monografia.

FRIZZO, Kátia Regina. **Conselhos Tutelares: desafios teóricos e práticos da garantia de direitos da criança e do adolescente**. Capítulo 3. Minas Gerais: Editora UFJF, 2011.

GOMES, Christianne Luce. **Nas Trilhas da Proteção Integral: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Conselhos e Participação Política: teorias e práticas**. Porto Alegre: SGE, 2015.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre factibilidade e validade**. Volume 2. Rio de JANAIEIRO: Tempo Brasileiro, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Constituinte e educação**. Petrópolis: Vozes, 1987.

JENKINS, Henry. **Childhood innocence and other modern myths**. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a Criança e o Ato Infracional: Proteção ou Punição?** Canoas: Editora Ulbra, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINES, Júnior. Educação, **Cidadania e Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e sua abrangência**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 28ª edição.

MOUSNIER, Conceição. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

NÓBREGA, Geraldo. **Nas Trilhas da Proteção Integral: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes e Ato infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHERER, René. **Infantis: Charles Fourier e a infância para além das crianças**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

SILVA, Fernando; GUIMARÃES, Beatriz. **Nas Trilhas da Proteção Integral: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

SOUZA, Marco Antônio. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VANNUCHI, Paulo de Tarso e OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Direitos Humanos de Crianças e Adolescente: 20 anos do Estatuto**. Brasília: Editora da Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

Juridiquês versus Estado Democrático de Direito: a inacessibilidade do discurso jurídico como instrumento de poder e obstáculo de acesso à justiça

*Natali Borba Daltoé Azambuja*¹
*Guilherme de Oliveira Feldens*²

Introdução

O Direito é uma ciência essencialmente social, criado pela e para a sociedade. Contraditoriamente, é considerado também uma ciência hermética, de entendimento quase que privativo dos profissionais da área. Como as demais ciências, possui termos técnicos que são necessários à prestação jurisdicional, seja para diferenciar institutos ou para reduzir imprecisões. Existe, porém, um exagero pouco democrático na linguagem jurídica, que alia excesso de formalismo, escolha de um léxico afetado por latinismos e arcaísmos e o uso desnecessário de construções sintáticas mirabolantes que tornam a leitura menos fluida; estas características resultam no chamado juridiquês, muitas vezes justificado e defendido de maneira equivocada como linguagem própria do Direito ou decorrente da tradição jurídica.

Na busca por efetividade e pela ampliação do acesso à justiça, cada vez mais se discute os procedimentos e as formalidades que permeiam os processos, e questiona-se de que modo e em prol de quem se prestam as ferramentas do sistema judiciário. Não são poucos os casos em que os assistidos, diante de situações do seu interesse, declaram não entender o

¹ Graduada em direito pelo Centro Universitário do Cesuca e em letras pela UFRGS.

² Doutor em Filosofia pela Unisinos. Coordenador e professor do curso de Direito do centro universitário do Cesuca.

que está sendo tratado. A linguagem jurídica em grande medida resulta, portanto, em uma barreira ao exercício de direitos que deveriam ser cristalinos a todos os cidadãos. Ao contestar o juridiquês, não se pretende abolir o uso ponderado de termos técnicos por magistrados, promotores, advogados, nem vulgarizar uma linguagem que deve traduzir os atributos do Direito, como respeito e correção, mas sim repensar o vocabulário vicioso e indecifrável para o cidadão não iniciado no universo jurídico, que no mais, apenas se presta para manter mecanismos de exclusão social.

Ao longo deste artigo trataremos da linguagem jurídica, sua tradição, seus vícios e características, diferenciando a linguagem técnica da linguagem puramente afetada, rebuscada por latinismos, arcaísmos e construções rançosas que impacta sobremaneira o universo do Direito e seu papel social. Discorreremos também sobre o caráter social da linguagem, sua natureza dialógica e sua impossibilidade de desvincular-se do sujeito emitente e de sua consciência social, de modo a investigar as estruturas de poder que preservam um ideal inacessível de linguagem, em especial a linguagem jurídica.

No capítulo chamado “Juridiquês versus Judiciário” debatemos as consequências da falta de clareza da linguagem jurídica, que afeta diretamente os ideais de eficácia e celeridade processual, e maculam a imagem do Judiciário. Concluímos esse capítulo analisando como a linguagem jurídica restringe o acesso à Justiça e, conseqüentemente, obstaculiza o exercício de direitos e garantias.

Este artigo tem o propósito de discutir questões variadas a respeito da linguagem jurídica, e os capítulos, apesar de resguardarem alguma independência temática, se complementam e desaguam na inequívoca conclusão de que nossa linguagem jurídica não está alinhada com os ideais do Estado Democrático de Direito. Assim, no último capítulo, “Pela

democratização da Linguagem Jurídica”, vamos propor soluções práticas de democratização da linguagem jurídica.

Direito, Linguagem e Jurídiquês

O Direito e a linguagem têm muito em comum, ambos são fenômenos essencialmente sociais, decorrentes das relações humanas. Thomas Hobbes afirma que a linguagem é o instrumento fundamental da comunicação humana, sem o qual não haveria Estado, nem sociedade, nem contrato³. Assim como a linguagem, o Direito também é um fato social: “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social”⁴. E para o fim social a que se destina, a forma de ser transmitido, positivado e efetivado se dá através da linguagem:

O Direito é a profissão da palavra, e o operador do Direito, mais do que qualquer outro, precisa saber usá-la com conhecimento, tática e habilidade. Deve-se prestar muita atenção à principal ferramenta de trabalho, que é a palavra escrita e falada, procurando transmitir melhor o pensamento com elegância, brevidade e clareza. O operador do Direito vive do Direito e da Língua Portuguesa, primacialmente.⁵

É por meio da linguagem que o Direito se opera, em todos os âmbitos. Para Paulo Nader, distorções na linguagem resultam em distorções na aplicação do Direito e em interpretações não uniformes, portanto precisão é essencial aos textos jurídicos: “A dependência do Direito à linguagem é tão grande, que seu aperfeiçoamento é também um problema de

³ HOBBS, 2003, p. 31.

⁴ REALE, 2002, p.2.

⁵ SABBAG, 2016, p. 18.

aperfeiçoamento de sua estrutura linguística”.⁶ No mesmo sentido, Edmundo Nascimento argumenta em sua obra *Linguagem Forense* que nenhuma outra arte liberal necessita de escolhas linguísticas tão precisas quanto a advocacia, “isto porque o jurista não examina diretamente os fatos, porém fá-lo mediante uma exposição deles, e esta exposição é, necessariamente, textos escritos ou depoimentos falados”⁷.

É somente através da linguagem que o profissional do direito irá atuar, interpretar e convencer.

Para o advogado, tudo é linguagem: é esse o único instrumento de que ele dispõe para tentar convencer, refutar, atacar ou defender-se. Também é na linguagem que se concretizam as leis, as petições, as sentenças ou as mais ínfimas cláusulas de um contrato – que não passam, no fundo, de normas peculiares de textos que o advogado terá de redigir ou interpretar. O profissional do Direito, desse modo, precisa conhecer os principais recursos do idioma.⁸

A linguagem é, portanto, o principal instrumento de trabalho do profissional do Direito. Porém, apesar da necessidade de clareza inerente ao universo da Justiça, os textos da área que deveriam informar e convencer não raras vezes resultam retóricos - nas piores acepções do termo. Conforme os dicionários Aurélio e Michaelis, “retórico” é aquele que pretende influenciar ou persuadir, ou aquele que tem estilo empolado e pomposo, ou ainda, aquele de estilo retumbante, que usa de linguagem muito afetada para encobrir a superficialidade das ideias.

Estudada e admirada por Aristóteles trezentos anos antes de Cristo, a retórica em sua acepção clássica era a arte de persuadir através do

⁶ NADER, 2014, p. 216.

⁷ NASCIMENTO, 1995, p.3

⁸ MORENO; MARTINS; 2006, p. 10.

discurso, com raciocínio e estratégias de argumentação para capturar o interesse, seduzir e convencer o ouvinte⁹. Mas em algum momento destes últimos dois mil anos a preocupação com o interesse do ouvinte deixou de ser essencial, e a retórica passou a ser vulgarmente associada com a simples ornamentação linguística, digna de eruditos e de intelectuais vaidosos. De forma semelhante, a premissa de intelectualidade através do uso de ornamentações linguísticas sustenta a manutenção de grande parte das expressões ainda em voga na linguagem jurídica, muitas vezes preocupada mais com o estilo do que com o conteúdo, e distante de quem não teve o privilégio de pertencer ao universo jurídico.

Conforme o Manual de Redação da Presidência da República, as comunicações que partem dos órgãos públicos devem ser claras:

As comunicações que partem dos órgãos públicos federais devem ser compreendidas por todo e qualquer cidadão brasileiro. Para atingir esse objetivo, há que evitar o uso de uma linguagem restrita a determinados grupos. Não há dúvida que um texto marcado por expressões de circulação restrita, como a gíria, os regionalismos vocabulares ou o jargão técnico, tem sua compreensão dificultada. [...] De nenhuma forma o uso do padrão culto implica emprego de linguagem rebuscada, nem dos contorcionismos sintáticos [...]. A linguagem técnica deve ser empregada apenas em situações que a exijam, sendo de evitar o seu uso indiscriminado. Certos rebuscamentos acadêmicos, e mesmo o vocabulário próprio a determinada área, são de difícil entendimento por quem não esteja com eles familiarizado. Deve-se ter o cuidado, portanto, de explicitá-los em comunicações encaminhadas a outros órgãos da administração e em expedientes dirigidos aos cidadãos.¹⁰

Porém, historicamente, a linguagem jurídica não preza pela simplicidade. Nem mesmo o atual Código de Ética e Disciplina da Ordem

⁹ ARISTÓTELES, 2015, prefácio.

¹⁰ Manual da Presidência da República, 2002, p.13.

dos Advogados do Brasil preocupou-se em recomendar uma linguagem clara; em sua única referência à linguagem, no artigo 45¹¹, utiliza-se de um vocabulário que mais parece contribuir com a valorização do valor estético das palavras do que com a clareza: “Impõe-se ao advogado *lhaneza*, emprego de linguagem *escorreita* e *polida*”. Palavras como *lhaneza* e *escorreita* são tão incomuns que devem ter sido cuidadosamente eleitas para enobrecer o texto, mas na prática não passam de entraves linguísticos.

No Brasil, o Direito sempre esteve atrelado à sua linguagem própria, e fazer-se entender pelo grande público aparentemente nunca foi uma preocupação entre os profissionais da área jurídica. Para Mirim Gold, a linguagem jurídica brasileira foi fortemente influenciada pelos jovens bacharéis do início do século, que concluíam seus estudos em Direito nas universidades de Portugal, “e, ao voltar à *colônia*, faziam questão de diferenciarem-se, dando-se ares de *império*”¹². Ainda, conforme José Eduardo Faria,

Desde seus primórdios no Brasil colônia aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de recursos movimentando papéis, serventúrios, cartórios, advogados e magistrados e sem conduzir objetivamente os processos a uma solução definitiva num prazo de tempo minimamente razoável, o Judiciário brasileiro sempre foi estruturado como um sistema de procedimentos escritos, impessoais e altamente burocratizados. O que nele até hoje prevalece é mais a aversão à ideia de se desviar de qualquer procedimento rotineiro, com seus jargões obscuros e com expressões latinas exigindo das partes a contratação de advogados para defender seus interesses e atuar como tradutores da

¹¹ CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Código de ética e disciplina da OAB**. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, 03/01/1995. “Art. 45. Impõe-se ao advogado *lhaneza*, emprego de linguagem *escorreita* e *polida*, esmero e disciplina na execução dos serviços.”

¹² GOLD, 2008, prefácio.

linguagem legal, do que o desejo de pacificação do conflito de modo rápido, direto e lógico.¹³

Essa linguagem própria da justiça, que precisa ser traduzida para as partes, é a expressão de um contexto sócio-cultural que prima pela manutenção de uma tradição discursiva distante, pedante e algumas vezes até mesmo pretensiosamente artística, em tom dramático ou poético, e resulta em textos com acrobacias linguísticas que raramente cumprem sua função de falar de forma transparente aos que a ela recorrem.

Entendo que é sinal de atraso e subdesenvolvimento mental a manutenção desse dialeto sofisticado e pretensioso que se utiliza nos meios jurídicos, já chamado “juridiquês”, uma linguagem afetada, empolada, impenetrável, não raro ridícula, dos que supõem que utilizar expressões incomuns, exóticas, é sinal de cultura ou de sabedoria. O “juridiquês”, infelizmente, só tem mostrado eficiência e grande utilidade na perversa e estúpida missão de afastar o povo do Direito, de desviar a justiça do cidadão.¹⁴

Segundo Maria José Petri, para o não iniciado o juridiquês transmite o mesmo sentimento enfrentado diante de uma língua estrangeira. “A linguagem do Direito existe para não ser compreendida. Ela está fora do circuito natural de intercompreensão que caracteriza as trocas linguísticas ordinárias entre os membros de uma comunidade linguística”¹⁵. E esse sentimento de “estrangeiridade” é experimentado não apenas pelos pouco instruídos, e sim por todo o cidadão profissionalmente desvinculado do universo jurídico. Mas é bom lembrar que a esse mesmo cidadão não é

¹³ FARIA, 1996, p. 31.

¹⁴ ZENO VELOSO apud PEREIRA, p.6. Trecho extraído do artigo “Lei de Introdução”, de Zeno Veloso, publicado em “O Liberal”, de 18 de junho de 2005.

¹⁵ PETRI, 2009, p. 29.

*dado ignorar a lei*¹⁶, tornando evidente um paradoxo: como exercer direitos e deveres se a linguagem que os envolve é inacessível? Como exigir conhecimento da lei se ela não é estruturada com o objetivo de ser compreensível para todos? Para Mozdzenski, “A prática social jurídica encontra-se fundada sobre uma ideologia de consenso, em que todos os cidadãos são obrigados a conhecer a lei; por outro lado, a própria lei recorre a mecanismos que impedem seus destinatários de apreendê-la”.¹⁷

Para Andréa Dantas trata-se de uma contradição do Estado Democrático de Direito exigir o conhecimento da lei quando se sabe que sua compreensão é restrita a poucos. Mais agravante é o fato de que a incompreensão torna o cidadão vulnerável diante da dominação linguística, já que é impossível que questione o que desconhece: “sem o conhecimento, ainda que básico, da linguagem jurídica o cidadão nunca terá condições nem liberdade para discutir nos espaços públicos.”¹⁸

O poder da linguagem cria, pois, para seus detentores um dever de linguagem em relação aos seus destinatários. [...] Se ninguém pode se subtrair à lei alegando ignorá-la, a exceção de incompreensão é tão inoperante quanto à exceção de ignorância. [...] A máxima jurídica tem um corolário linguístico: o dever de ser claro. Se a ninguém é dado ignorar a lei, aquele que faz a lei está sob a lei de saber fazer-se entender.¹⁹

Uma breve busca pelos mais diversos textos que circulam no ambiente jurídico, sejam legislações, peças, pareceres e decisões, revelam em maior ou menor medida a despreocupação dos operadores do Direito

¹⁶ O artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), dispõe que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

¹⁷ MOZDZENSKI, 2010, p.100.

¹⁸ DANTAS, 2012.

¹⁹ PETRI, 2009, p. 36.

em fazerem-se entender pelos não iniciados, como no exemplo de Marcelo Paiva, citado na obra *Português Jurídico*:

Com espia no referido precedente, plenamente afinçado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso, e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constritores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório se compadece do imperioso prequestionamento da matéria alojada na insurgência, tal entendido como expressamente abordada no Acórdão guerreado, sem o que estéril se mostrará a irresignação, inviabilizada ab ovo por carecer de pressuposto essencial ao desabrochar da operação cognitiva.²⁰

Para fazer-se entender por um maior número de pessoas, bastava dizer que o recurso deve versar sobre a matéria abordada pela instância inferior para ser recebido pelos tribunais superiores, caso contrário, será rejeitado sem exame de mérito. Seu autor, no entanto, por algum motivo optou por sacrificar a clareza de seu texto em prol da erudição. O motivo e as consequências dessa escolha é o que passaremos a analisar.

O Vocabulário Técnico e o Vocabulário Pírotécnico

A linguagem jurídica que prima pela eficiência em grande medida deve valer-se de termos técnicos, aqueles que, caso fossem substituídos por sinônimos, não resultariam na mesma precisão semântica. Victor Rodrigues apresenta um exemplo no seguinte trecho:

Procure, leitor, despojar-se de seu conhecimento jurídico, e interpretar, como um leitor leigo [...]: ‘O advogado mostrou que o homicídio simples não constitui crime **hediondo**’[...]. Quando o advogado fala em crime *hediondo*,

²⁰ PAIVA, 2015, p.16.

refere-se à enumeração taxativa da lei específica (8.072/90), e remete a todos os efeitos que ela determina para esses delitos. Pode-se dizer que o homicídio é um crime *grave, repugnante, indesejado, violento*, mas isso não significa, tecnicamente, *hediondo*.²¹

O leitor não iniciado no vocabulário jurídico certamente irá elaborar uma interpretação para o termo *hediondo*, e não deixará de entendê-lo no seu aspecto geral, porém diversas camadas de significação não serão acessíveis sem um conhecimento mais aprofundado. Tais termos fazem parte de um arcabouço necessário aos operadores do Direito, e são insubstituíveis.

Na ciência jurídica, a utilização de termos que vão trazer ao enunciado precisão e certeza serve, em tese, para salvaguardar a segurança jurídica. Por esse viés, é que se valoriza o termo técnico como aquele que vai estabelecer oposições claras e bem definidas, trazendo no contexto jurídico, para cada palavra, uma ideia particular.²²

Calúnia, difamação e injúria, como cita Oliveira²³, não são intercambiáveis no meio jurídico. Assim como curatela, litispendência, distrato, sub-rogação, conforme exemplifica o advogado e professor de Português Adalberto J. Kaspary, são palavras cristalizadas pelo uso recorrente que sintetizam um abrangente conteúdo jurídico. Muito diferente destes são os jargões, associados mais à ornamentação: “*Ad argumentandum tantum* considerando que ao adentrarmos na *res in juditio deducta*, o contestante nada trouxe de espeque para inviabilizar [...]”²⁴. No trecho pinçado como exemplo, as expressões latinas destacadas

²¹ grifos do autor. RODRIGUEZ, 2004, p. 40.

²² OLIVEIRA, 2013, p. 19.

²³ *Ibidem*.

²⁴ grifo do autor. PEREIRA, p. 12.

em itálico não contribuem para a clareza do texto, apenas se prestam para afastar a compreensão instantânea do leitor, e facilmente poderiam ser substituídas por expressões em português.

Para ilustrar a diferença entre um termo técnico e o exibicionismo do juridiquês, trouxemos algumas variações de *petição inicial* encontradas por Valdeciana Andrade²⁵: *peça atrial, autoral, de arranque, de introito, dilucular, exordial, peça gênese, inaugural, peça ovo, preambular, prefacial, preludial, primeva, primígena, prodrômica, proemial, prologal, peça pórtico, umbilical, peça vestibular*. Lembrando que a palavra *peça* pode ainda ser substituída por *petitório* ou *petição*. Se o Código de Processo Civil usou a nomenclatura *petição inicial*, por que o operador do direito iria optar por comprometer o entendimento de seu texto utilizando, por exemplo, *petitório prologal*? Para Reis, “Não se deve dizer ‘peça vestibular’, ‘peça preambular’, ‘peça exordial’ ou outras invencionices. Diga e escreva simplesmente ‘petição inicial’, como prevê a lei. Todos vão entender o que é isso”²⁶. Segundo Rodriguez, utilizar expressões “que não mais são que forma de revelar-se como membro de uma classe, a dos operadores do Direito, no caso, não é sinal de boa expressão, de bom texto, de construção clara. Ao contrario, revela-se pobreza de estilo, como falta de conhecimento ou de segurança”²⁷.

Toda ciência possui seus termos técnicos, que quando bem utilizados reduzem a quantidade de explicações necessárias para que se chegue a um entendimento comum, que encurtam o caminho e reduzem as imprecisões. Não é diferente com a informática, com a química. A cientificidade do Direito, porém, não pode ser um obstáculo à sua principal finalidade. Outras áreas também avançam na simplificação da linguagem

²⁵ ANDRADE, 2009, p.3.

²⁶ REIS, 2002.

²⁷ RODRIGUEZ, 2004, p. 43.

para a democratização da informação; podemos citar como exemplo a cartilha obrigatória que deve ser afixada nas recepções dos hospitais do Estado de Santa Catarina, conforme lei nº 13.324/2005, que, dentre outras disposições, prevê que o paciente terá direito a “informações claras, simples e compreensíveis, adaptadas à sua condição cultural, sobre as ações diagnosticadas e terapêuticas, e o que pode decorrer delas”; e, ainda, que o paciente terá direito a diagnóstico e tratamento por escrito, de forma clara e legível²⁸.

Para Ronaldo Xavier, a linguagem do profissional não deve ser tão hermética que afaste os não iniciados; “Em muitos dos papéis que tramitam pelo nosso Fórum, diariamente, sob uma falsa roupagem de tecnicismo, há mais preocupação com os efeitos pirotécnicos da palavra do que um compromisso real com a profundidade científica”²⁹. O Direito, por ser tão dependente da palavra, dedica tamanha importância ao jargão que peca pelo excesso. Brás Cubas, icônico personagem-defunto de Machado de Assis formado em Direito pela Universidade de Coimbra, nos escancara as genuínas utilidades do jargão e das fórmulas prontas – o disfarce e a superficialidade:

No dia em que a universidade me atestou, em pergaminho, uma ciência que eu estava longe de trazer arraigada no cérebro, confesso que me achei de algum modo logrado, ainda que orgulhoso. [...] Não digo que a universidade não me tivesse ensinado alguma; mas eu decorei-lhe só as fórmulas, o vocabulário, o esqueleto. Tratei-a como tratei o latim: embolsei três versos de Virgílio, dois de Horácio, uma dúzia de locuções morais e políticas, para as despesas da conversação. Colhi de todas as coisas a fraseologia, a casca, a ornamentação.³⁰

²⁸ SANTA CATARINA. Lei nº 13.324, de 20 de Janeiro de 2005. Dispõe sobre afixação nas recepções dos hospitais privados e da rede pública do Estado, da Cartilha dos Direitos do Paciente.

²⁹ XAVIER, 2004, p. 11.

³⁰ ASSIS, 2008, p. 90.

O aprendizado do estudante de direito passa em grande medida pela internalização de fórmulas e modelos, o que dificulta o rompimento com o juridiquês e a busca por um texto mais limpo e direto. O estágio curricular dos cursos de graduação, conforme relata Santana “às vezes é simples aprendizado por mimetismo, mera reprodução literal de modelos de petições (...). A didática da imitação da linguagem se entranha tanto que o futuro advogado, juiz, promotor ou escrivão sentirá dificuldade em escrever ou falar sem recorrer a latinismos e fórmulas gongóricas”³¹.

Seja para demonstrar pertencimento em relação ao universo do qual deseja fazer parte, seja para disfarçar a falta de argumentação consistente, ou mesmo pela habitualidade no uso de determinados arcaísmos e jargões, o fato é que persistem nas peças um vocabulário obsoleto e um discurso próprio que obstaculizam o acesso universal. Conforme Gnerre, “para redigir um documento qualquer de valor jurídico é realmente necessário não somente conhecer a língua e saber redigir frases inteligíveis, mas conhecer também toda uma fraseologia complexa e arcaizante que é de praxe”³²

Ex more, Ab ovo, Rebus sic stantibus, Vexata Quaestio, Mutatis Mutandis... não é incomum encontrarmos “*ex positus, requer*” antes dos pedidos de uma peça, o que em nada a enriquece, visto que é possível substituir o latinismo por “isto posto, requer”; assim como o uso dos termos *paracletos* e *paladinos*, que sem prejuízo de sentido poderiam ser substituídos simplesmente por *advogados*. Quando existe equivalência para o termo latino no português sem perda de camadas de significação, não há razão para insistir no seu uso; “o latim e as expressões arcaicas

³¹ SANTANA, 2012.

³² GNERRE, 1991, p. 22.

devem ser matéria para a disciplina História do Direito, para que se conheça a origem dos enunciados que se tornaram fontes do Direito. Estes enunciados devem ser utilizados como manda a lei, em língua portuguesa”.³³

Nossa Constituição Federal determina, em seu artigo 13º, que “a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”, e o artigo 156 do Código de Processo Civil Brasileiro obriga o uso do vernáculo em todos os atos e termos do processo. A linguagem do Direito deve ser, portanto, o Português em sua roupagem mais adequada: a norma culta, a língua dos jornalistas, dos professores, dos atores, dos comerciantes, e não a língua embolorada dos dicionários de latim.

Porém, assim como acontece em relação ao universo jurídico de forma geral, a linguagem do Direito revela-se apartada da sociedade, elaborada de forma a compor um código de acesso restrito. “Tanto é assim, que o neologismo *juridiquês* foi criado para designar tal discurso, não apenas para evidenciar o fato de que ele contém características próprias, mas também que ele constitui, de certo modo, uma ‘língua’ distinta em si mesma”.³⁴ Essa linguagem própria é tão impregnada nos textos jurídicos que muitos estudantes de direito após cinco anos de faculdade, mesmo conhecendo muito bem os princípios jurídicos e tendo facilitado acesso às leis, não se sentem confiantes para escreverem uma peça, já que não se pode simplesmente peticionar de maneira clara e direta sem uma série de requisitos linguísticos.

a tradição se presta como freio à força criativa. Por aí se explica que muito do que se fala e se escreve na literatura jurídica e forense seja mera repetição de

³³ DANTAS, 2012.

³⁴ BUSTILLO et al., 2017, p. 4.

fórmulas e estilos que comprometem, e, no mais das vezes, bloqueiam o processo de comunicação.³⁵

Essa prática de uso recorrente de fórmulas e expressões padronizadas pode levar os iniciantes a acreditarem que esta é a única possibilidade de linguagem jurídica aceitável. Conforme Sabbag, “Estamos chegando a um ponto em que a convivência com a prolixidade no redigir, de centenas de aplicadores do direito menos avisados, gera, até mesmo, certa estranheza ao leitor do texto, se o encontra ‘enxuto’ e despido de rodeios.”³⁶ Apesar disso, mesmo autores modernos defendem a permanência dos jargões e dos latinismos. Sem dúvidas o domínio da oratória e da escrita, a aquisição de vocabulário e a precisão linguística são essenciais para o operador do Direito, porém, qual é a necessidade de mantermos tamanho status de erudição?

O caráter Social da Linguagem

A Linguagem é uma construção histórica e cultural, e não pode ser completamente interpretada se isolada do meio social em que se produz. Esse entendimento do pensador russo Mikhail Bakhtin defendido em sua polêmica obra *Marxismo e filosofia da linguagem*, de 1929, posicionou-o como um dos maiores e mais inovadores teóricos da linguagem, influenciando correntes modernas como a Sociolinguística e a Análise do Discurso.

Bakhtin enxerga a linguagem como resultado de aspectos extralinguísticos, e evolui a ideia de língua como um produto sócio-histórico, enfatizando o poder das relações sociais na linguagem: “A fala está indissolivelmente ligada às condições da comunicação, que, por sua

³⁵ BRUTTI et al., 2006, p. 131.

³⁶ SABBAG, 2016, p.28.

vez, estão sempre ligadas às estruturas sociais”. Para Bakhtin, o interesse de classe é fator determinante e influencia nas escolhas linguísticas que irão representar a visão de mundo e a ideologia de cada um, mesmo que de forma inconsciente. A linguagem, portanto, não pode ser desvinculada da consciência social do indivíduo, que “repete, ainda que inconscientemente, o que é ditado por seu grupo social”³⁷. Por meio da linguagem as ideologias se estruturam e podem ser disseminadas, defendidas ou impostas, ressignificando palavras e produzindo campos semânticos específicos. Esse fenômeno criou e mantém, dentre outras linguagens especializadas, a linguagem do Direito. “Para se interpretar a linguagem e, em foco, a linguagem jurídica, é preciso compreendê-la como também veiculadora de uma ideologia, amalgamada de significados e de sentidos próprios, aparentemente neutros”³⁸.

Oliveira defende que, historicamente, as classes sociais detentoras de privilégios visam, evidentemente, a manutenção desses privilégios, para tanto defendem e legitimam ideologias que justificam suas organizações sociais, criando mecanismos de demarcação e proteção contra as classes desprivilegiadas. Desse modo, a linguagem jurídica compõe-se de modo conveniente à manutenção do poder pelas classes dominantes, e exemplifica com a fala da juíza Heliana Coutinho Hess: “o acesso ao Judiciário é ajustado para corresponder às demandas da classe dominante”.

Permeando a linguagem jurídica, existe uma construção de discurso, mesmo que não explícita. A ideologia é inerente, indissociável em qualquer discurso. Isso é o que nos ensina a Análise do Discurso, uma área de estudos que conecta a linguística e a comunicação e visa revelar as

³⁷ MARQUES, 2014, p. 40.

³⁸ OLIVEIRA, 2013, p. 25

construções ideológicas camufladas nos discursos. Assim, quando o advogado ou o juiz optam inconscientemente por termos que excluem outros grupos, eles estão selecionando seus destinatários e restringindo o alcance do conhecimento jurídico.

Estabelecendo-se como um código a que poucos têm acesso, pode-se dizer que, ao produzir o texto jurídico, o autor tem em mente seus destinatários: aqueles a quem é possível a compreensão do mesmo. A intenção de exclusão de determinado público já se explicita no momento em que escolhe com que palavras comporá o seu texto.³⁹

Um argumento de Bakhtin é o de que a linguagem é dialógica, só faz sentido enquanto realização social e sempre pressupõe o outro, que irá determinar em grande medida as escolhas linguísticas do discurso. “O outro pode ser o juiz, o desembargador, o ministro, alguém, enfim, pertencente à engrenagem jurídica hierarquizante. Assim, o rebuscamento, a bajulação, os excessos de ornamentação presentes na linguagem jurídica revelam, como regras do jogo, uma postura de servilismo e reverência”⁴⁰.

Se a linguagem jurídica se constrói ignorando uns e bajulando outros, não é necessária uma profunda análise do discurso para percebermos que a nossa sociedade é marcada por uma enraizada desigualdade social, legitimada pelo universo jurídico. Conforme denuncia Eliane Bulhões⁴¹, um material verbal marcado por ornamentação, reverência, servilismo e formas obsequiosas reflete uma ordem social desigual, enquanto que uma ordem social fundada na igualdade e na liberdade preza pela clareza e pela simplicidade, e é livre de construções servis e estereotipadas.

³⁹ *idem*, p. 26.

⁴⁰ *idem*, p. 27.

⁴¹ BULHÕES, 2008, p. 74.

Linguagem, Preconceito e Prestígio

Nossa Constituição Cidadã estabeleceu direitos que em grande medida não são efetivados pelo simples fato de que são ignorados. Conforme Marcos Bagno, tratar da língua é tratar de um tema político; “muitas vezes, os falantes das variedades desprestigiadas deixam de usufruir diversos serviços a que têm direito simplesmente por não compreenderem a linguagem empregada pelos órgãos públicos”⁴². Entender o Direito também é um direito, sem essa compreensão não é possível a efetivação do acesso à Justiça. Porém, grande parte dos operadores do Direito, a exemplo dos ministros do STF - mesmo diante de uma maior visibilidade e interesse da população em geral por seus julgamentos - elaboram discursos ornamentais, inteligíveis pelo grande público, como se os únicos dignos de entenderem seus votos e pronunciamentos fossem os demais ilustres membros do universo jurídico.

Esta linguagem própria do meio jurídico, como observa Gnerre, se enquadra no fenômeno das linguagens especiais: “elas têm um real valor comunicativo, mas excluem da comunicação as pessoas da comunidade linguística externa ao grupo”⁴³. Além disso, as linguagens especiais também ratificam o pertencimento do indivíduo ao grupo, e protegem seus mecanismos da interferência do meio externo: “A função de comunicação secreta (defesa do ambiente externo) e de conservação de noções e tecnologias das quais o grupo mais restrito é portador é estritamente associada à função central das linguagens especiais”.

Dentre as funções da linguagem estão, evidentemente, a comunicação e a transmissão de ideias, porém, conforme Marcos Bagno,

⁴² BAGNO, 2011, p. 17.

⁴³ GNERRE, 1991, p.23.

“as modernas correntes da linguística vêm [...] provando que a linguagem é muitas vezes um poderoso instrumento de ocultação da verdade, de manipulação do outro, de controle, de intimidação, de opressão, de emudecimento”. Em uma breve investigação histórica, o linguista cita casos nos quais a escrita prestou-se mais significativamente à manutenção do poder àqueles que a ela tinham acesso, como os primeiros escritos indianos, “profundamente ligados aos textos sagrados, a que só tinham acesso os sacerdotes, os ‘iniciados’, que passavam por um longo processo de preparação”⁴⁴. No mesmo sentido corrobora Warat ao afirmar que “A linguagem não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos”⁴⁵.

As correntes doutrinárias modernas na área da linguística são unânimes quanto à bilateralidade da linguagem. Toda comunicação acontece entre o binômio emissor-receptor. Quando o emissor não busca se fazer entender pelo receptor, podem existir outros interesses em jogo neste ato comunicativo, mas não há interesse na comunicação de fato. No dia-a-dia, adequamos a escolha das palavras de acordo com a situação de interação social fática. A língua é como um guarda-roupa, e assim como não vamos ao banco de roupa, ou ao supermercado com traje de gala, utilizamos a língua de modo a cumprir uma função prática. O fato é que nossas escolhas linguísticas são, conscientemente ou não, escolhas. E essas escolhas representam um posicionamento. Avaliamos e elegemos o que é próprio, útil ou conveniente para a ocasião na seleção das palavras e na construção da estrutura do discurso, especialmente no texto escrito.

⁴⁴ BAGNO, 2011, p. 133.

⁴⁵ WARAT, 1994, p. 37.

Todo ato de linguagem enquanto ato de construção de sentido, é um ato de escolha e de seleção de elementos a compor; é uma escolha de valores, de estruturas, de formas, de significância, de objetivos, de impressões, de efeitos retóricos, de consequências.⁴⁶

O guarda-roupa⁴⁷ da linguagem jurídica é amplo, mas mesmo assim os advogados passam para seus estagiários os mesmos dinossauros linguísticos que lhes foram passados. “Nos escritórios mais modernos e com grande movimento são criados verdadeiros módulos jurídicos padronizados que, encaixados, produzem a petição que será apresentada. É algo parecido com uma receita de bolo”⁴⁸.

E assim as petições e sentenças seguem sendo escritas de maneira incompreensível para aqueles que não fazem parte do meio, muitas vezes reproduzindo entulhos institucionalizados que pouco ou nada acrescentam: “Não se sabe o que se está a escrever, mas isso não importa: a linguagem das petições é transmitida pelos advogados aos estagiários, que transmitirão aos seus futuros estagiários, e assim, perpetuarão uma repetição burra de expressões que, muitas vezes, não significam nada”⁴⁹. Nas palavras do desembargador Carlos Alberto Bencke,

Os advogados peticionam para o juiz que assim os entende; o promotor exara parecer e o direciona para o juiz; e, finalmente, o juiz decide para os advogados, para o promotor e para o tribunal. Enfim, as palavras ficam num mesmo círculo e, de rigor, ninguém necessita pedir explicações sobre o real sentido daqueles termos utilizados. Lembremo-nos, todavia, que o Direito não

⁴⁶ BITTAR, 2010, p. 98.

⁴⁷ Um dos princípios da sociolinguística é o de que somos plurilíngues, ou seja, linguisticamente podemos nos comportar de várias maneiras conforme a exigência do ambiente. (REBOUÇAS, 2014)

⁴⁸ GOLD, 2008, p. 8.

⁴⁹ FONSECA, 2010.

pertence aos lidadores do Direito, mas sim às partes, geralmente pessoas leigas nos assuntos jurídicos.⁵⁰

Os destinatários finais da sentença são os cidadãos, titulares dos direitos e deveres em jogo e reais interessados, mas não é raro as partes olharem para o advogado ao final da audiência com um ponto de interrogação na testa franzida: ganhamos ou perdemos, doutor?

A língua do juiz e a do cliente é a mesma, ambas são a língua portuguesa brasileira, que não é una, mas formada por diversas variedades. Geralmente um mesmo sujeito domina algumas delas, e escolhe a mais apropriada para a interação fática em que se encontra. Um adolescente, por exemplo, pode utilizar uma variedade linguística com os amigos e outra quando se dirige aos avós. Algumas variedades tem mais prestígio do que outras, algumas são próprias de determinadas regiões geográficas, outras são exclusivas de determinadas áreas do conhecimento, como é o caso do juridiquês. A autoridade ou o estigma da linguagem de terminado grupo decorre do prestígio social de seus falantes.

Em sua obra *Linguagem, escrita e poder*, Maurizio Gnerre afirma que “Uma variedade linguística ‘vale’ o que ‘valem’ na sociedade os seus falantes, isto é, vale como reflexo do poder e da autoridade que eles têm nas relações econômicas e sociais”⁵¹. Gnerre afirma ainda que, enquanto outros preconceitos são velados, a linguagem é ainda alvo de ridicularização: “Segundo os princípios democráticos nenhuma discriminação dos indivíduos tem razão de ser, com base em critérios de raça, religião, credo político. A única brecha deixada aberta para a discriminação é aquela que se baseia nos critérios da linguagem e da

⁵⁰ PAIVA, 2015, p. 16.

⁵¹ GNERRE, 1991, p.7.

educação”⁵². Aqui cabe lembrar aquele preceito básico que aprendemos com Bakhtin: a linguagem é marcada pela condição social na qual se produz.

As classes hegemônicas, ao se identificarem com a língua, passam a representá-la. Ao modo como constroem um imaginário de língua homogênea que, ao representar seus interesses, as representa, que lhes permite aprofundar as distâncias em relação às demais classes; enfim, que se torna útil à exclusão social dos linguisticamente desaparelhados, na medida em que refrata o fato de que uma mesma língua pode converter-se em muitas nas sociedades de classes.⁵³

Se a linguagem por si só é um instrumento de poder em sociedade, conforme defende Marcos Bagno e Ana Zandwais e tantos outros estudiosos do discurso, a linguagem jurídica toma proporções de autoridade ainda maiores. O prestígio social associado à linguagem jurídica é um dos motivos pelos quais o juridiquês encontra defensores ferrenhos, afinal essa linguagem ajuda a sustentar o status do universo jurídico, além limitar o conhecimento, e conseqüentemente, limitar o poder dos não iniciados.

Mesmo com a evolução do Judiciário no sentido de desburocratização e ampliação de acesso, em relação à linguagem jurídica não faltam argumentos pela defesa da pompa, afinal a democratização do conhecimento jurídico através da simplificação de sua linguagem, nas palavras de Carvalho, “acabaria mexendo com a vaidade historicamente construída e intocada de muitos membros desse universo. (...) Para os que não têm nenhum compromisso com a democratização do acesso à Justiça

⁵² *idem*, p. 25.

⁵³ ZANDWAIS, 2012, p. 179.

é mesmo interessante que o universo jurídico continue falando pra si mesmo”.⁵⁴

Como consequência da desnecessidade de compreensão da linguagem jurídica por algumas camadas sociais, é inevitável o questionamento, ainda mais grave: se o entendimento do direito é para um grupo seletivo, será que as leis são para todos? Segundo Mariana Belém, “[os cidadãos] têm a sensação de que as leis não foram criadas para eles, e, sim, para profissionais atuantes no âmbito jurídico”⁵⁵.

Linguagem Jurídica e Poder

É inegável a aura de poder e distinção atribuída aos profissionais do meio jurídico no Brasil. Como bem observa Adilson de Carvalho, “advogados, juízes, desembargadores, membros do Ministério Público exercem nas pessoas uma espécie de reconhecimento imediato de nobreza e de autoridade, como se esses profissionais realmente fizessem parte de uma realidade metafísica e sagrada”⁵⁶. Esse prestígio é resultado de uma construção sociocultural carregada de formalidades e tradições, que as vestes talares e os tratamentos protocolares (“doutor”, “vossa excelência”), por exemplo, pomposamente mantêm, e que ajudam a sustentar esse imaginário de supremo poder.

Dentre os elementos que contribuem para a manutenção do universo jurídico como uma realidade apartada dos cidadãos comuns, nenhum é tão eficiente em barrar a entrada dos não iniciados quanto a linguagem jurídica. “A linguagem verbal jurídica está, pois, entre os elementos de poder simbólico que ratificam o poder do Judiciário”⁵⁷. Edson Vidigal,

⁵⁴ CARVALHO, 2016.

⁵⁵ BELÉM, 2013, p. 317.

⁵⁶ CARVALHO, 2006.

⁵⁷ OLIVEIRA, 2013, p.15.

ministro do Superior Tribunal de Justiça, chega a comparar o discurso jurídico ao latim em missa: “acobertando um mistério que amplia a distância entre a fé e o religioso; do mesmo modo, entre o cidadão e a lei. Ou seja, o uso da linguagem rebuscada, incompreensível para a maioria, seria também uma maneira de demonstração de poder e de manutenção do monopólio do conhecimento”⁵⁸.

Para muitos doutrinadores do Direito tal linguagem sublime deve ser cultivada. Miguel Reale vaidosamente defende que os juristas “falam uma linguagem própria e devem ter orgulho de sua linguagem multimilenar, dignidade que bem poucas ciências podem invocar”⁵⁹. E segue seu texto alertando aos interessados em adentrar o universo jurídico que ele não é acessível sem o domínio de sua linguagem privativa: “sem a linguagem do Direito não haverá possibilidade de comunicação”. Mas será justo e democrático manter o conhecimento jurídico protegido por uma barreira linguística? Para Andréa Medeiros Dantas, “quando se examina o emprego da linguagem jurídica nos moldes atuais, dentro dos círculos forenses, torna-se clara a noção de que esta é uma linguagem que marginaliza e que exclui”⁶⁰.

Um dos reflexos do poder exercido pelo meio jurídico através de sua linguagem própria está no desmedido servilismo direcionado aos profissionais do Direito, em especial aos magistrados:

O excesso de termos laudatórios (que louva, glorifica, elogia), como pronomes (Excelentíssimo Senhor Doutor), adjetivos (ilustríssimo, digníssimo, festejado), demonstra uma subserviência exagerada e desnecessária, como em "pede vênua", "com o máximo acatamento". [...] O magistrado não precisa ser

⁵⁸ ALVARENGA, 2005.

⁵⁹ REALE, 2002, p.8.

⁶⁰ DANTAS, 2012.

venerado ou bajulado, ele tem que ser convencido, através de argumentos inteligentes e bem construídos e fundamentados.⁶¹

Através da extrema adjetivação de respeito destinada aos membros do judiciário reforçamos a ideia de acesso restrito e de distanciamento da justiça em relação ao cidadão comum. Como no exemplo:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DESTE ESTADO DE SÃO PAULO – CULTO RELATOR DA APELAÇÃO CRIMINAL.[...] A **magnífica** sentença prolatada pelo **meritíssimo** juiz de primeira instância é inatacável em seus **sábios** fundamentos, não merecendo qualquer guarida as razões do apelante, as quais, ainda que prolatadas por **culto** patrono, somente pretendem protelar o feito, a execução imediata da **judiciosa** e **prudente** decisão, que não merece qualquer reforma.⁶²

Para Cobra⁶³, o respeito pelo cargo ou pela pessoa que o exerce deveria ser externalizado através do respeito às leis por cujo cumprimento aquela autoridade é responsável, e não por chamá-la de “excelentíssima”. Infelizmente, a não utilização dos termos laudatórios e da excessiva adjetivação é perigosa, e pode resultar até mesmo em perda de causa, sob o pretexto de desrespeito, como alerta a seguinte jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região:

CRÍTICA: SENTENÇA. Primeiramente, deve a parte, mormente quando representado por advogado, detentor de dignificante título universitário, usar sempre da expressão r⁶⁴. sentença, v⁶⁵. acórdão. É uma exigência de elegância

⁶¹ DANTAS, 2012.

⁶² RODRIGUEZ, 2004, p. 59.

⁶³ COBRA, 2009.

⁶⁴ Abreviação de *respeitável*.

⁶⁵ Abreviação de *venerável*.

e ética que devem moldar a linguagem jurídica elevada que se exige nos autos.⁶⁶

Perante o temor da arbitrariedade, os termos laudatórios funcionam como estratégia de defesa, porém este temor não deveria existir em um Estado Democrático. Excelentíssimo, ilustríssimo, digníssimo, meritíssimo, dentre outros “íssimos”, legitimam a superioridade social e intimidam o cidadão que muitas vezes se cala por, dentre outros motivos, não saber nem mesmo como se dirigir ao julgador de sua causa.

Juridiquês *versus* Judiciário

Não é novidade a morosidade do judiciário brasileiro, e o juridiquês é um dos fatores que contribuem para o acúmulo e a lentidão no andamento dos processos. São minoria as peças escritas de forma direta, que conseguem canalizar o texto no conteúdo estritamente necessário. De maneira geral, “é fácil encontrarmos exemplos de mensagens prolixas em que a forma ilude o que realmente importa – o conteúdo”⁶⁷.

Caetano et al.⁶⁸ após observar a tramitação dos processos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma que os serventuários da Justiça precisam primeiro traduzir as expressões latinas e os arcaísmos, para então debruçarem-se sobre o caso e os pedidos: “o juridiquês torna o trabalho cartorário mais lento, dificulta o entendimento tanto pelos serventuários da justiça como também pelas partes leigas, que acabam “reféns” dos advogados para entender o que acontece no curso processual”.

⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região. Acórdão n. 20040025220. Decisão: 27.01.2004. Tipo: RO01. Num: 02586. Ano: 2002. Turma: 06. Recorrente: Angela Virginia Camargo Moreno. Recorrido: Fundação P. O. Desenv. da Educação - FDE. Relator Francisco Antonio de Oliveira.

⁶⁷ GOLD, 2008, p. 50.

⁶⁸ 2013, p.100.

A prolixidade e o esbanjamento intelectual andam na contramão da modernidade, que exige concisão e objetividade. Textos cansativos e obscuros desmotivam e inevitavelmente demandam mais tempo: ou terão de ser apreciados pacientemente com o auxílio de um dicionário, ou não serão plenamente interpretados, ou, ainda, serão simplesmente deixados para depois. Fonseca esclarece:

O compromisso com a clareza (tão necessária ao convencimento) parece não existir por parte de muitos. Ao nos depararmos com frases longas e truncadas, que dificultam a leitura, temos duas opções: pular a frase para a próxima ou voltar, reler e tentar compreender. O que faria um juiz estafado, depois de um dia inteiro de audiências e com vários pleitos para apreciar? Arrisco-me a dizer que, salvo raras exceções, qualquer um de nós pularia a frase complicada sem maiores cerimônias.⁶⁹

Segundo o Juiz federal Novély Vilanova da Silva Reis, a simples mudança da legislação não seria eficiente para resolver a questão: “no Brasil as praxes viciosas, a linguagem complicada e a cultura burocrática são fatores de retardamento da prestação jurisdicional. Só haverá mudanças quando houver uma nova consciência ou mentalidade de que a Justiça não pode mais conviver com isso”⁷⁰. No mesmo sentido, o Manual de Redação Oficial do Tribunal de Contas do Distrito Federal esclarece:

A eficácia da comunicação oficial depende basicamente do uso de linguagem simples e direta, chegando ao assunto que se deseja expor sem passar, por exemplo, pelos atalhos das fórmulas de refinada cortesia usuais no século passado. Ontem o estilo tendia ao rebuscamento, aos rodeios ou aos circunlóquios; hoje, a vida moderna obriga a uma redação mais objetiva e concisa.

⁶⁹ FONSECA, 2010.

⁷⁰ REIS, 2004.

Nas palavras de Gold e Segal, a eficácia “está na utilização cirúrgica das palavras; escrever pouco, mas conferir ao texto a noção exata do que se pretende. Nada a mais, nada a menos. Isso sim é invejável”⁷¹.

O Judiciário vem se adaptando à necessidade de desburocratização, de agilização e de ampliação de acesso por meio de leis como a dos juizados especiais, que valorizam o diálogo e que aproximam o julgador e a sociedade. Cabe agora considerarem a linguagem como um dos pontos responsáveis pela lentidão de seus processos. O abuso de juridiquês, na contramão da modernidade, é responsável direto por significativa parcela de recursos, o que também ajuda a contribuir para o atraso dos julgamentos, gerando consequências prejudiciais à imagem da Justiça. Para Moralles, “O baixo grau de eficiência do Judiciário, o desconhecimento dos direitos e dos mecanismos de reivindicá-los levam a população à descrença, resultando em renúncia de direitos e afastamento da participação democrática”⁷².

Considerando a cada vez maior necessidade de difundir e tornar públicas suas decisões, o Judiciário deve repensar sua linguagem de modo a entregar um trabalho inteligível pelos meios de comunicação, afinal é para a população que ele deve se voltar, são as demandas do povo que justificam sua existência. Conforme Nalini “A decisão de justiça não é uma dissertação acadêmica, mas um ato de caráter utilitário, de aplicação concreta. É necessário, de início, que ela seja perfeitamente inteligível e que aqueles aos quais interessa possam compreendê-la sem recorrer ao Gran Larousse em dezenove volumes”.⁷³

⁷¹ GOLD, 2008, p.4.

⁷² MORALLES, 2006, p. 75

⁷³ NALINI, 1997.

A Linguagem Jurídica como barreira ao Acesso à Justiça

De forma geral, as obras que versam sobre acesso à justiça reservam à linguagem jurídica – quando a inserem na problematização – um papel secundário. “Apresentada de maneira escamoteada e diluída entre os fatores sócio-culturais que dificultam o direito de acesso à Justiça, a reflexão sobre a linguagem jurídica não tem guardado espaço de destaque nos livros que versam sobre essa garantia fundamental”⁷⁴.

O problema da linguagem, quando citado, é majoritariamente atribuído à falta de instrução da população e à educação formal precária oferecida em nosso país, ou seja, a culpa é imputada ao cidadão, que não possui a competência necessária para compreender o complexo universo da Justiça. Esse argumento, como bem evidencia Oliveira, significa o mesmo que dizer que “a linguagem jurídica pode permanecer exatamente como está até que todos os cidadãos estejam ricos, instruídos e educados. Enquanto isso não acontece, é natural que a Justiça esteja à disposição apenas de um pequeno grupo de privilegiados”⁷⁵.

Na defesa da efetividade do acesso à justiça, argumentam Cappelletti e Garth que a necessidade de informação é primordial, e que a falta dela impõe um obstáculo psicológico à aproximação com o sistema judiciário: “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”⁷⁶. O desconforto com a linguagem jurídica afasta o diálogo.

⁷⁴ OLIVEIRA, 2013, p.2.

⁷⁵ *idem*, p.12.

⁷⁶ *idem*, p. 24.

Se ao destinatário da justiça não for facilitada a compreensão do andamento de sua demanda, ou pior, se nem mesmo conhecer seus direitos, não se pode falar em efetivação do acesso à justiça.

O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁷⁷.

Previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o acesso à justiça teve seu entendimento ampliado com a ascensão do Estado Democrático de Direito. Para além da simples garantia de apreciação de lesão ou ameaça a direito, o acesso à justiça passou a compreender a busca por um direito amplo, de efetivo acesso e interação com o sistema judiciário, que é basilar ao exercício da cidadania. Para concretizar este ideal democrático devem ser avaliados todos os entraves que mantêm os cidadãos alheados de seus direitos, sejam esses entraves financeiros, culturais, sociais e – por que não? – linguísticos. Toda a forma de democratização é permeada pela linguagem, a começar pela disseminação dos direitos.

[...] na sociedade brasileira, alguns já nascem com seus direitos garantidos e, ainda que não saibam entender a linguagem jurídica ou compreender a organização judiciária, podem pagar a quem sabe. Já outros precisam aprender a conhecer e lutar por seus direitos, precisam aprender que têm direito a ter direitos.⁷⁸

Para uma garantia efetiva do acesso à justiça, Cappelletti e Garth acreditam que seria necessário nada menos do que a reforma de todo o aparelho judicial, a começar pela simplificação, tanto quanto possível: “Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns.

⁷⁷ CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 12.

⁷⁸ OLIVEIRA, 2013, p.12.

No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico”⁷⁹. O teor de grande parte do material produzido no meio judiciário dificilmente é acessível às partes sem a intermediação de um advogado, tornando inócuas previsões legais como o *jus postulandi*, da justiça do trabalho, pela dificuldade enfrentada pelo cidadão diante de uma linguagem específica e ostentosa.

Pela Democratização da Linguagem Jurídica

Enquanto este trabalho era escrito, julgamentos de extrema relevância nacional e interesse internacional eram pauta do Supremo Tribunal Federal, como a votação do *habeas corpus* do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Como bem traduziu Camilla Costa em matéria para a BBC Brasil no dia seguinte ao julgamento, a decisão dos onze ministros “era aguardada por milhões de brasileiros, mas, na hora H, foi difícil entender exatamente o que eles queriam dizer”⁸⁰.

Tomemos como exemplo o início do voto do ministro Celso de Mello⁸¹

Alguns pronunciamentos manifestados no dia de ontem, especialmente declarações impregnadas de insólito conteúdo admonitório claramente infringentes do princípio da separação de poderes, impõem que se façam breves considerações a respeito desse fato (...). Em situações tão graves assim, costumam insinuar-se pronunciamentos ou registrar-se movimentos que parecem prenunciar a retomada, de todo inadmissível, de práticas estranhas à ortodoxia constitucional, típicas de um pretorianismo que cumpre repelir,

⁷⁹ 1988, p. 156.

⁸⁰ *'Erga omnes' ou 'Stare decisis'? Um manual para entender a língua do STF*. Matéria da BBC Brasil publicada em abril de 2018. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43661787>>

⁸¹ Habeas Corpus 152752/PR. Voto do ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>

qualquer que seja a modalidade que assuma: pretorianismo oligárquico, pretorianismo radical ou pretorianismo de massa. A nossa própria experiência histórica revela-nos – e também nos adverte – que insurgências de natureza pretoriana, à semelhança da ideia metafórica do ovo da serpente (República de Weimar), descaracterizam a legitimidade do poder civil instituído e fragilizam as instituições democráticas, ao mesmo tempo em que desrespeitam a autoridade suprema da Constituição e das leis da República!

A referência a metáforas e teorias desconhecidas pelo grande público, como o pretorianismo, e o uso de expressões como *insólito conteúdo admonitório*, transparecem a inexistente preocupação do ministro com a compreensão de significativa parcela de seus ouvintes. O rebuscamento excessivo e a prolongamento de alguns votos, que chegaram a durar uma hora e meia, foram as principais críticas do escritor e juiz aposentado Albino de Brito Freire, entrevistado na referida matéria à BBC Brasil: “Não precisaria de toda aquela cena, aquela demonstração de erudição. Acho que essa publicidade toda inspira as vaidades. [...] Mesmo para nós que somos acostumados com a linguagem e estávamos sentados no sofá, foi difícil acompanhar”, afirmou o autor do livro *Manual do Juridiquês*.

Para Rubens Glezer, professor de Direito Constitucional da FGV-SP também entrevistado na matéria, o uso de “frases invertidas, expressões antigas e palavras que nem constam nos textos das leis tem a ver com um certo elitismo que é comum já nas faculdades de Direito. Isso é um desserviço à qualidade do Judiciário.” A matéria terminou esclarecendo o significado de termos utilizados ao longo do julgamento, como *stare decisis*, teratologia e estamento.

Guzzo, referindo-se ao julgamento do mensalão no STF em 2012, também transmitido ao vivo e de significativo interesse popular, afirmou que “Daria na mesma, no fundo, se tivessem falado em javanês”, já que

usaram expressões como “vértice axiológico”, “crivo probatório”, “exordial acusatória”, “egrégio sodalício”. *Que raio de língua seria essa?*

Deveria ser uma oportunidade de ouro para a população entender como a Justiça pode de fato funcionar no Brasil. A chance foi desperdiçada. (...) se nem o 1% mais instruído da população nacional entende algo desse patuá, o resultado prático é que o julgamento mais importante da história do STF acabou sendo feito numa linguagem desconhecida. (...)

O português tem cerca de 200 000 palavras — mais do que o suficiente, portanto, para Suas Excelências encontrarem termos de compreensão mais fácil. Decidiram fazer justo o contrário: não perderam uma única oportunidade de substituir toda e qualquer palavra clara por outra que ninguém entende. Para que isso? Uma sentença não fica mais justa porque é escrita nessa linguagem torturada.

(...) magistrados exercem uma função pública — e isso exige que falem para o público, e não apenas para si mesmos. Imaginam, com isso, que estão exibindo sua sabedoria para o mundo. Estão apenas mostrando sua recusa, ou incapacidade, de se expressar no idioma oficial do país⁸².

Em ambos os casos, durante e após o julgamento, especialistas da área jurídica e jornalistas realizavam uma espécie de tradução simultânea nos meios de comunicação, como se a língua dos tribunais não fosse a mesma da população - o português. Essa necessidade de tradução é problemática, já que o profissional que a realiza nem sempre é um conhecedor técnico do Direito. Frequentemente a simplificação é feita por jornalistas que, com o intuito de tornarem acessíveis as falas do universo jurídico, acabam cometendo falhas de informação. Será que para evitarmos os erros seria viável exigirmos que os jornalistas dominassem o vasto vocabulário jurídico?

⁸² GUZZO, 2012.

Se a preocupação com a clareza e com a ampla compreensão fosse uma responsabilidade do próprio emitente do discurso, reduziríamos significativamente o número de distorções.

A democratização implica numa aproximação do direito da realidade que procura representar e sobre a qual pretende agir, implica na adoção de uma postura que não cria divisões e separações entre universos discursivos, quando a síntese e a simplicidade podem significar mais⁸³.

Prevista no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, a publicidade dos atos processuais, para cumprir efetivamente seu papel, não deve se limitar à mera divulgação/disponibilização. A transmissão midiática, apesar de configurar um avanço, pouco contribui com a inclusão jurídica dos não iniciados se o judiciário continua a direcionar a fala para sua própria bolha social. No mesmo sentido é importante reconhecer que o réu condenado precisa entender os motivos de sua condenação;

Por certo, a missão dos magistrados não se esgota na simples divulgação, mas no compromisso com a democratização da informação jurídica. E isso envolve, necessariamente, disponibilizar o conteúdo do Direito de forma acessível a quantos se interessarem, levando ao cidadão a essência de sua cidadania, plasmada nos direitos trazidos à apreciação do Judiciário. Essa lógica inclusiva é a nova demanda social em relação à magistratura, já que inclusão social também é questão de justiça.⁸⁴

Buscar aproximar o cidadão leigo, reduzindo sua percepção de ignorante jurídico e incluindo-o na posição de interlocutor do discurso seria um passo fundamental na direção do almejado Estado Democrático de Direito. Como defende Lenio Streck, a busca pela igualdade é questão

⁸³ BITTAR, 2010, p.390.

⁸⁴ LAGES, p.196.

fundamental, porém jamais será concretizada se a circulação e o consumo do discurso jurídico se mantiverem guardados “sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo”⁸⁵.

Victor Rodriguez em seu Manual de Redação Forense conta a história do advogado que, diante do tribunal do júri, elaborou uma extensa sustentação utilizando-se do argumento de que todas as jurisprudências dos tribunais eram favoráveis à sua tese, e que não era razoável que os jurados decidissem em desconformidade com a jurisprudência. Ao final da longa defesa, foi surpreendido com uma simples questão: “mas, afinal, o que significa *jurisprudência*?”. Um termo tão banal no universo jurídico como *jurisprudência* era completamente desconhecido do jurado leigo, invalidando uma sustentação fundamental ao julgamento. A linguagem mais adequada, nesse caso, não era a mais técnica, mas a que melhor pudesse ser assimilada pelo ouvinte, já que só através da compreensão seria possível o convencimento. Para identificar tais riscos, a melhor fórmula, como aponta Rodriguez, é colocar-se no lugar do destinatário da mensagem: “se não tivesse cursado a faculdade de Direito, será que saberia o significado do vocábulo jurisprudência? E mais: será que conheceria sua origem, sua importância e sua função na construção do direito? Muito provavelmente, não”⁸⁶.

Uma das principais características do discurso do operador do Direito é a persuasão, qualidade que mais sofre prejuízos com a falta de clareza. E nem sempre a linguagem mais clara e simples é a mais fácil de ser empregada - elaborar uma argumentação direta e concisa é um exercício mais trabalhoso do que simplesmente soltar a verborragia. Por isso em tantos casos é perceptível o apego ao juridiquês como disfarce para a

⁸⁵ STRECK, 1999, p. 73.

⁸⁶ RODRIGUEZ, 2004, p. 34.

carência de argumentação. Como subterfúgio, parte dos “especialistas” costumam utilizar-se de floreios linguísticos e termos desconhecidos fora do ambiente jurídico. Nesse sentido, esclarece Barreto:

o especialista incompetente enfrenta grave problema. Ele teme que os outros reconheçam sua incompetência. Então, camufla-se na própria especialidade, procurando torná-la, aos demais, ininteligível. Cuidado com o médico que não lhe explica a doença que diagnosticou em você. Cuidado com o advogado que prepara para o juiz arrazoados que você não conseguiu entender. [...] cuidado com qualquer profissional que, mesmo aparentemente sem intenção, lhe der consciência de sua ignorância sobre a ciência dele. Em contraposição, o profissional competente é, via de regra, um simplificador.⁸⁷

O bom profissional, portanto, deve ser reconhecido por elucidar e reduzir a situação-problema, e não por resguardar seus processos transformando-os “numa feitiçaria de ingredientes complexíssimos e infinitas implicações”⁸⁸. Conforme já apontado, a linguagem recomendada para permear os ambientes jurídicos deve ser a que compõe a norma culta, primando na medida do possível pela mais ampla compreensão, mas evitando a coloquialidade. Porém, cabe reforçar que, especialmente quando direcionada ao público leigo, a linguagem jurídica da mensagem pode ser “traduzida”, como no exemplo de Victor Rodriguez:

Caro senhor Demerval, honrados com sua contratação, temos a expor que encontramos uma possível solução para o seu caso. Ainda que haja condenação *transitada em julgado*, ou seja, à qual não cabe qualquer recurso judicial, encontramos uma *nulidade por infringência ao princípio do contraditório*. Isso significa dizer que, no seu caso, em determinado momento, o promotor de justiça se manifestou mas o juiz não deu oportunidade para que seu advogado contra argumentasse as palavras da acusação. Por isso, houve uma falha que

⁸⁷ BARRETO, 2004, p.31.

⁸⁸ *Idem*, p. 32.

deve ser sanada, e, para que isso aconteça, é necessário que se refaçam os atos processuais, inclusive a sentença do juiz que, com a nossa defesa, pode vir a absolvê-lo.⁸⁹

Podemos perceber que se trata de uma correspondência entre advogado e cliente, que primou pelo entendimento do interessado. Caso o mesmo texto fosse direcionado a um operador do direito, o segundo parágrafo talvez não fosse necessário. Porém, quando houver dúvida a respeito de quem é o interlocutor, ou se mensagem transmitida puder interessar alguém mais do que exclusivamente outro operador do Direito - como no caso dos julgamentos do STF - a linguagem deve ser pensada de maneira inclusiva em relação a todos os seus potenciais leitores/ouvintes.

Um caso que chamou atenção da mídia foi a decisão do juiz federal Júlio Guilherme Schattschneider, escrita de forma que pudesse ser compreendida pela autora, a Dona Amélia:

**PROCEDIMENTO COMUM DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº
2006.72.08.004772-2/SC**

AUTOR: AMELIA CIPRIANO

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA: A Dona Amélia já recebe uma pensão por morte e entrou com este processo para receber também um benefício assistencial, que o INSS não quis pagar. Eu não posso fazer nada a respeito porque a Lei proíbe pagar os dois salários à mesma pessoa ao mesmo tempo. Quer dizer: a Dona Amélia teria que escolher um dos dois. E o melhor é que ela fique só com a pensão, que é para a vida toda.

Assim, a Dona Amélia perdeu esta questão, mas ainda pode recorrer (tudo de graça, pois não tem condições financeiras). Mas vai precisar de um advogado, também de graça, que a Justiça pode indicar se ela pedir.

⁸⁹ RODRIGUEZ, 2004, p. 44.

Itajaí, 14 de dezembro de 2006.

Juiz Federal **Júlio Guilherme Berezoski Schattschneider**⁹⁰

Especialmente quanto às decisões judiciais, uma ideia simples de democratização trazida por Lages⁹¹ de impacto no curto prazo seria a elaboração de resumos simplificados e explicativos para as sentenças e acórdãos da Justiça, acessíveis aos jurisdicionados leigos (adicionalmente às ementas que se produzem hoje, que para o leigo são praticamente incompreensíveis).

Na elaboração de peças, pareceres e decisões no geral, Marcelo Paiva defende que “a compreensão deve ser imediata. É importante usar vocabulário acessível, redigir orações na ordem direta, utilizar períodos curtos e eliminar o emprego excessivo de adjetivos. Deve-se excluir da escrita ambiguidade, obscuridade ou rebuscamento”⁹². Quanto ao abuso nos adjetivos, sugere Eduardo Sabbag que devemos evitar expressões como “vem à presença de Vossa Excelência com o mais inclinado respeito”. Bastaria ia à presença, já que “o advogado tem o dever de postular o direito de seu cliente, e o magistrado, o dever de prestar a jurisdição”⁹³.

O que boas maneiras prescrevem é que se manifeste respeito com propriedade e simplicidade, sem exageros. Ir ao ponto de chamar alguém de "Excelência", "Meritíssimo", "Ilustríssimo" ou "Majestade" em qualquer situação é sem sombra de dúvida um exagero ridículo. Porém, mesmo nas democracias mais liberais e cultas, enquanto houver pessoas que não se reconheçam como indivíduos comuns e acreditem que o tratamento cerimonioso que empregarem, com cuidadosa discriminação em vários graus de adequação e

⁹⁰ Matéria veiculada na Zero Hora em 05 de junho de 2015: **Magistrado faz sentença em linguagem coloquial para combater "juridiquês"**. Referente acórdão 000 0869-29.2013.5.04.0241

⁹¹ LAGES, 2012, p.203.

⁹² PAIVA, 2010, p. 13.

⁹³ SABBAG, 2016, p. 26.

propriedade, será prova de seu refinamento e superioridade social, o cacete laudatório haverá de continuar.⁹⁴

Por fim, em toda produção jurídica caberia a reflexão dos seguintes pontos: Quem é o interlocutor desse discurso? Ele será compreensível aos seus interessados? Como torná-lo mais acessível? Não se pode ignorar o fato de que produzir em linguagem acessível e simplificar a mensagem pode ser mais difícil do que contentar-se com as produções padronizadas e com a fraseologia internalizada e rotineira, porém democratizar o Direito é uma meta a ser perseguida constantemente por seus operadores. Nas palavras inspiradoras da ministra Ellen Gracie, no seu discurso de posse como presidente do STF:

Que o enfrentamento das questões de mérito não seja obstaculizado por bizantino formalismo, nem se admita o uso de manobras procrastinatórias. Que a sentença seja compreensível a quem apresentou a demanda e se enderece às partes em litúgio. A decisão deve ter caráter esclarecedor e didático. Destinatário de nosso trabalho é o cidadão jurisdicionado, não as academias jurídicas, as publicações especializadas ou as instâncias superiores. Nada deve ser mais claro e acessível do que uma decisão judicial bem fundamentada.⁹⁵

Em um Estado pautado por ideais democráticos, o debate sobre as práticas jurídicas que contrariem seus princípios não deve ser tratado como simples questão de estilo. A autonomia mínima para a compreensão e o exercício de direitos só será efetiva através de acessibilidade linguística, portanto a produção jurídica, tanto em sua destinação quanto em sua forma, deve ser elaborada em prol do social.

⁹⁴ COBRA, 2002.

⁹⁵ NORTHFLEET, Ellen Gracie. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 4., 2006, Brasília. Ata da [...], realizada em 27 de abril de 2006: posse da Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie Northfleet, na Presidência do Supremo Tribunal Federal, e do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Vice-Presidência. **Diário da Justiça**, 15 maio 2006. Seção 1, p. 27-28. Acesso em 23 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100112>>

Considerações Finais

Um clássico aforismo de Wittgenstein ensina que *os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo*. Assim, as linguagens são parte da cultura e do contexto social do indivíduo, e se a linguagem de determinado grupo é inacessível, tudo mais o será. Não há dúvidas de que a incapacidade de compreensão do universo jurídico restringe o pleno exercício de direitos.

A discussão a respeito da simplificação da linguagem jurídica não é nova, porém poucas medidas se mostram efetivas. Muito se evoluiu, mas a população ainda se mantém consideravelmente alheada de seus direitos e dependente de advogados para o básico. É viável a atualização de mecanismos, a adaptação de discursos arraigados, mas a realidade revela que pouco se faz, e que existe preconceito por parte dos operadores do Direito com o desejo de popularização.

A propósito, um medo injustificado revelou-se através da mais recorrente pergunta que ouvi ao longo dessa pesquisa: O que restaria para o advogado num universo ideal, no qual os jurisdicionados compreenderiam seus direitos, qual seria seu papel? Ora, exatamente o mesmo! É possível que tivesse até mais demandas se um percentual maior de pessoas compreendesse seus direitos! O principal papel do advogado deve ser o de defesa técnica, e não de tradutor. Os profissionais do direito não seriam menos valorizados se mais pessoas compreendessem a lei, ou entendessem os julgamentos dos tribunais transmitidos pela mídia, ou as decisões de suas próprias demandas. Na verdade o que tem nos mostrado as pesquisas a respeito da imagem do Judiciário é que a ininteligibilidade é que se traduz em descrença e desmotivação.

A língua é viva, e a linguagem jurídica não foge à regra, mas é a que mais se esforça em ressuscitar e manter cadáveres pouco condizentes com

a dinamicidade linguística, como as heranças latinas e os adjetivos laudatórios. Quando se busca compreender os motivos que mantêm essa linguagem própria, torna-se claro que existem propósitos arraigados que subjugam outras prioridades como a própria funcionalidade do sistema jurídico.

Vimos que existem linguagens adequadas e inadequadas para as mais diversas situações. Os estudos linguísticos evoluíram para a conclusão de que uma fala ou uma produção textual não poderá ser interpretada desvinculada da finalidade de quem a produziu e da sua realidade histórica e social. É em decorrência da finalidade pretendida que organizamos nosso texto e selecionamos as palavras mais pertinentes. Uma linguagem que lida diretamente com a sociedade e suas demandas não pode ser nebulosa para quem precisa dela se utilizar.

Por outro lado, o contato mais próximo entre julgador e cidadão não diminui o Judiciário, o dignifica. A valorização de uma linguagem simples, precisa e funcional permite tramitações mais céleres, decisões mais cristalinas, melhor aproveitamento da máquina pública e maior satisfação dos jurisdicionados. Fortalece, enfim, a democracia e a busca pelo tratamento igualitário dos indivíduos, em respeito a um dos princípios mais caros ao nosso ordenamento jurídico. O entendimento do Direito é premissa para o acesso à justiça e conseqüentemente para a efetiva inclusão dos cidadãos no ideal de Estado Democrático de Direito.

Referências

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. **O Jurídiquês e a Linguagem Jurídica**: o Certo e o Errado no Discurso. 2009. Disponível em: <http://velhaescola.trt10.jus.br/joomla/documentos/diversos/juridiques.pdf>. Acesso em :23 abr. 2018.

ARISTÓTELES. **Retórica** [tradução: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena]. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

ASSIS, Machado de. Três romances: **Memórias Póstumas de Brás Cubas**; Quincas Borba; Dom Casmurro; coordenação editorial, biografia do autor, cronologia e panorama do Rio de Janeiro por Luís Augusto Fischer. Porto Alegre: L&PM, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao alcance de todos:** noções básicas de juridiquês. 1ª ed. Brasília: AMB, 2005.

BAGNO, Marcos. **Preconceito linguístico. O que é, como se faz.** 49ª ed. São Paulo: Loyola, 2011.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem.** São Paulo: Hucitec, 2006.

BARRETO, Roberto Menna. **Criatividade em propaganda.** 12ª ed. São Paulo: Summus, 2004.

BELÉM, Mariana. **A simplificação da linguagem jurídica como meio de aproximação do cidadão à justiça.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Revista nº 6. 29/10/2013. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/97>. Acesso em: 06 maio 2018.

BITTAR, Eduardo C. Bianca. **Linguagem Jurídica.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Manual de Redação da Presidência da República.** Brasília: Presidência da República, 2002.

BRUTTI, Tiago Anderson; SOUZA, Antonio Escandiel; ALVES, Carla Rosane Tavares. **A elitização da linguagem jurídica e a necessidade de sua simplificação.** Signum: Estudos da Linguagem, Londrina, n. 19/2, p. 123-140, 2016.

BULHÕES, Eliane Simões. **O Tradicionalismo da Linguagem Jurídica.** Revista Signo. Santa Cruz do Sul, v. 33 n. 55, p. 66-77, jul/dez, 2008. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/signo/index>. Acesso em: 03 nov.2018.

CAETANO, Joane M.; VARGAS, Rodrigo G.; CABRAL, Hideliza B.; LUQUETTI, Eliana. **A (In)compreensão da linguagem jurídica e seus efeitos na celeridade processual.**

Revista Litterata, v. 3, nº 1, 2013. Disponível em: <http://periodicos.uesc.br/index.php/litterata/article/view/819>. Acesso em: 03 nov.2018.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Adilson de. **Linguagem jurídica** - Uma porta (fechada) para o acesso à justiça. Brasília: Correio Braziliense, 27/03/2016. Disponível em: <https://jfmms.jusbrasil.com.br/noticias/140750/linguagem-juridica-uma-porta-fechada-para-o-acesso-a-justica>, Acesso em: 03 nov.2018.

COBRA, Rubem Queiroz. **Saudação laudatória, Discriminação e Direitos Humanos.** Publicado em setembro de 2002. Disponível em: <http://www.cobra.pages.nom.br/bmp-pronomes.html>. Acesso em: 02 set. 2018.

DANTAS, Andréa Medeiros. **Linguagem jurídica e acesso à Justiça.** Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, nº 3111, 7 jan. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20812>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1996. Disponível:<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/1457/14>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso** [tradução: Marcio Alves da Fonseca, Salma T. Muchail e Laura Fraga Sampaio]. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

GNERRE, Maurizio. **Linguagem, escrita e poder.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

GOLD, Mirian; SEGAL, Marcelo. **Português instrumental para cursos de Direito:** como elaborar textos jurídicos. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Direito Constitucional II: Uma introdução à Jurisdição Constitucional**. In: Formação Jurídica II. Organizadora: Ângela Kretschmann - Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 153 - 177.

GUZZO, José Roberto. **Tudo em javanês**. São Paulo: Revista Veja. Publicado em 18/11/2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/feira-livre/tudo-em-javanes-por-j-rguzzo/>. Acesso em: 03 nov. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KASPARY, Adalberto J. **O verbo na linguagem jurídica** - acepções e regimes. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAGES, Margarida. **Os desafios da linguagem jurídica para uma comunicação eficiente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 55, n. 85, p. 169-208, jan./jun. 2012.

MARQUES, Bruna Moraes. **O uso da linguagem jurídica por apenados em cumprimento de privação de liberdade**. Dissertação Programa de Pós Graduação em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense; março de 2004.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à Justiça e princípio da Igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

MORENO, Cláudio; MARTINS, Túlio. **Português para convencer: comunicação e persuasão em Direito**. São Paulo: Ática, 2006.

MOZDZENSKI, Leonardo. **O Papel dos estereótipos jurídicos na divulgação do Direito e da cidadania**. In: Linguagem e direito. Organização Virgínia Colares. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. RJ: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. ***Direitos humanos: novas perspectivas de acesso à Justiça***. Revista CEJ, V. 1 n. 3 set./dez. 1997.

NASCIMENTO, Edmundo Dantes. **Linguagem Forense**. 12^a ed. SP: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Nirlene Consolação. **Linguagem jurídica e acesso à justiça**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, 2013.

PAIVA, Marcelo. **Português Jurídico**. – 10^a ed. Brasília: Educere, 2015.

PEREIRA, Marcelo Soares R. A. **A retórica jurídica. Um olhar da comunicação**. Revista Pensar Comunicação, v. 2, n^o 1, julho de 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUÇAS, Angela C. R.; COSTA, Ivandilson. **A Sociolinguística Variacionista: Fundamentos, Pesquisas, Pontos Críticos**. Interletras, v. 3, edição 19. Setembro de 2014.

PETRI, Maria José Constantino. **Manual de Linguagem Jurídica**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REIS, Nóvely Vilanova da Silva. **O que não se deve dizer ou fazer: notas de linguagem forense e de práticas viciosas**. Revista do Tribunal Federal da 1^a Região, Brasília, v. 14, n. 5, p. 10-18, maio 2002.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. **Manual de Redação Forense: curso de linguagem e construção de texto no direito**. 2^a ed. Campinas: LZN Editora, 2004.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Qualidade da boa linguagem na redação forense**. Revista Jurídica Consulex, São Paulo ano VIII, n^o184, p.28-35, setembro de 2004.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Português Jurídico**. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**: linguagem forense. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZANDWAIS, Ana. 2012. **Subjetividade, sentido e linguagem**: desconstruindo o mito da homogeneidade da língua. In: ZANDWAIS, Ana. (Org.). História das ideias: diálogos entre linguagem, cultura e história. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, p. 175-191.

Medidas socioeducativas: uma análise sobre sua eficácia na reinserção social do adolescente infrator

*Nathalia Souza da Veiga*¹
*Mariana Menna Barreto Azambuja*²

1. Introdução

O presente trabalho visa analisar e avaliar a eficácia das medidas socioeducativas aplicadas aos infratores, uma vez que estas têm o intuito de reeducar e reinserir os adolescentes no meio social, para que não volte a praticar os atos em conflito com a lei.

Nesse sentido, os direitos e garantias assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente consagram a Doutrina da Proteção Integral, garantindo que toda criança e adolescente receba seus direitos de proteção especializada e integral.

Na sociedade atual, é muito discutido o objetivo das medidas socioeducativas, que por muitas vezes é interpretada pela sociedade como uma forma de punição pelo ato praticado.

Por derradeiro, podemos elencar a prática do ato infracional como um problema enfrentado pela sociedade, principalmente no Brasil. Dessa forma, observa-se a importância de avaliar a eficácia das medidas, de forma de que reeduquem e ressocializem os adolescentes infratores.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cesuca.

² Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Professora e Coordenadora Acadêmica no Centro Universitário CESUCA. Orientadora do presente artigo.

2. Código de menores de 1927

Em 12 de outubro de 1927 foi sancionado o Decreto nº 17.943-A, também conhecido como Código de Mello Mattos, em homenagem ao jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, 1º Juiz de Menores no Brasil, visando dar assistência aos adolescentes infratores.

Segundo Mauricio Maia de Azevedo, o Código Mello Mattos seria o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizado à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social³.

Assim, nota-se que o referido Código definia que jovem era penalmente inimputável até os 17 anos e que somente a partir dos 18 (dezoito) responderia pelos seus crimes, podendo ser condenado a prisão⁴.

Nessa perspectiva, nota-se que o presente Código mantinha uma visão conservadora quanto aos menores infratores, considerando uma ameaça à sociedade ordeira e ‘de bem’, ao mesmo tempo que trouxe uma novidade fundamental: a assistência e proteção desses infratores⁵.

Por derradeiro, o código de 1927 estabeleceu uma assistência básica ao adolescente, bem como promoveu sua proteção perante a lei, dando oportunidade de crescimento e salientando a importância dessa iniciativa no âmbito da Infância e Juventude.

³ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código de Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

⁴ WESTIN, Ricardo. **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁵ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código de Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

3. Código de Menores 1979

O Segundo Código de Menores, compreendido nos últimos anos da Ditadura Militar, consoante Lei 6.667, de 10 de outubro de 1979, introduziu o conceito de “menor em situação irregular”, tendo como principal objetivo o controle social das crianças e dos adolescentes, garantindo seus direitos.

Nota-se que logo no início do Código de Menores de 1979, já é possível avaliar o impacto que a Doutrina da Situação Irregular ocasionou no ordenamento jurídico brasileiro, e nas políticas de atendimento a adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais⁶.

Karina Batista Sposato aduz:

Diferente do direito penal, onde o delito constitui uma ação típica, antijurídica, culpável e punível, o direito de menores convertia o delito em uma vaga categoria sociológica. A inexistência de parâmetros objetivos para medir a dimensão quantitativa real da chamada delinquência juvenil é, por vezes, substituída por avaliações e opiniões impressionistas inadequadas. Isso não significa negar a importância e a existência real de problemas sociais graves. Significa admitir que os distintos aspectos podem ser percebidos de ângulos completamente diferentes. Dimensões como a da saúde física e emocional, conflitos inerentes à condição de pessoa em desenvolvimento e aspectos estruturais de personalidade precisam ser considerados⁷.

Por fim, Sposato observa que a falta de observância de regras e princípios processuais e constitucionais de garantia na imposição das medidas, ou seja, a informalidade dos mecanismos de controle sociopenal dos adolescentes foi a marca decisiva da Etapa Tutelar do Direito Penal

⁶ SPOSATO, Karina Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescente**. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 32

⁷ Idem, p. 25.

Juvenil, que contou finalmente com a Doutrina da Situação Irregular para legitimar seu exercício⁸.

4. Estatuto da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, criado no ano de 1990, sob a lei de nº 8.069/90, e que preceitua sobre as garantias de direitos de crianças e de adolescentes e também, reafirma a necessidade de uma proteção a nível integral dessa categoria, e repartindo essa proteção entre o Estado, a família e também a sociedade, garantindo assim, um tratamento mais humanizado a essas crianças e adolescentes.

Ato contínuo, Helena Frade Soares afirma que o objetivo das medidas socioeducativas é, através da educação do adolescente e de sua responsabilização, inibir a prática de novos atos desviantes permitindo ao adolescente o pleno desenvolvimento que sua condição peculiar reivindica⁹.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento coloca aos agentes envolvidos na operacionalização das medidas socioeducativas a missão de proteger, no sentido de garantir o conjunto de direitos e educar oportunizando a inserção do adolescente na vida social¹⁰.

Com a instauração do Estatuto da Criança e do Adolescente, o termo “menor” utilizado nos últimos códigos foi excluído no meio jurídico, sendo substituído por criança ou adolescente.

Por derradeiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe uma outra visão dos adolescentes, contribuindo para a construção de sua

⁸ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescente**. 2011. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 33.

⁹ SOARES, Helena Frade. **Juventudes Perdida: medida socioeducativa de internação como fator criminógeno e ambiente propenso à reincidência**. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2019, p. 45

¹⁰ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10ª edição. São Paulo: Cortez, 2015, p. 16.

personalidade, garantindo direitos e promovendo sua reinserção quando praticado o ato infracional.

5. Definição de ato infracional

Primeiramente, é necessário esclarecer que a definição de ato infracional consiste na prática ou envolvimento em crime ou contravenção penal, considerando a idade do adolescente na época do fato. Outrossim, Nucci aduz que o ato infracional, no cenário do Direito da Infância e Juventude, é a conduta humana violadora da norma. Por isso, em alguns textos atuais de lei, tem-se referido ao adolescente em conflito com a lei, em lugar de jovem infrator¹¹.

Conforme se depreende, toda conduta praticada por criança ou adolescente que se amolde à figura típica de um crime previsto no Código Penal ou em leis extravagantes, ou a uma contravenção penal, configura-se como ato infracional¹².

Ato contínuo, verifica-se que é considerado adolescente os maiores de 12 anos até os 18 anos incompletos e ainda, tem-se a aplicação das chamadas medidas socioeducativas, consoante artigo 112 do ECA.

5.1 Apuração do ato infracional

Após praticado o ato infracional, a apuração do ato infracional é feita por procedimento próprio, conforme se observa dos artigos 171-190 do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando garantias e direitos a serem seguidos para tal procedimento.

Ato contínuo, para a apuração do ato praticado pelo adolescente, ele deve ser encaminhado à autoridade policial competente conforme

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018, p. 416.

¹² BANDEIRA, Marcos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Florianópolis: Editora UESC, 2006. p. 27.

menciona o art. 172 do ECA¹³, devendo ser comunicado ao Magistrado da Vara da Infância e Juventude, bem como deverá ser comunicado o responsável pelo adolescente.

Também pode ocorrer a apreensão através de ordem judicial, como consequência a busca do adolescente não localizado para comparecer à audiência de apresentação, bem como para o retorno ao cumprimento de medida de internação.

Urge salientar que a não comunicação aos familiares e/ou responsável quanto a apreensão do adolescente infrator é crime, forte no artigo 231 do ECA, bem como se constitui crime proceder à apreensão de criança ou adolescente sem que haja flagrante ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente ou sem a observância das formalidades legais¹⁴.

Após o comparecimento dos responsáveis e em casos em que não houve a necessidade de internação provisória, ocorrerá a liberação do infrator, mediante assinatura de termo de compromisso de apresentação ao Ministério Público¹⁵.

Com a representação do Ministério Público, o adolescente será chamado para oitiva informal, acompanhado de seu familiar responsável, momento em o representante do MP poderá proceder com o arquivamento dos autos, bem como poderá ofertar remissão ou aplicação de medida sócio educativa, fulcro no artigo 179 do ECA¹⁶.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Procedimento para apuração de Ato Infracional**. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/pagina1661.html#:~:text=2%20%2D%20Caso%20o%20ato%20infracional,da%20materialidade%20do%20at](https://crianca.mppr.mp.br/pagina1661.html#:~:text=2%20%2D%20Caso%20o%20ato%20infracional,da%20materialidade%20do%20at.). Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

Por fim, insta salientar a importância de fiscalizar o cumprimento da medida socioeducativa aplicada, para que seja possível mensurar a efetividade, atingindo o objetivo de ressocialização.

5.2 Direitos individuais e garantias

Adentramos nas garantias e cuidados que são dispostos ao adolescente por parte do Estado, uma vez que a maioria dos adolescentes infratores se caracterizam por população carente, sem acesso à educação e, com complexidade no âmbito familiar.

Nesse sentido, preceitua o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹⁷.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 traz a luz, a importância da proteção familiar para o adolescente, conforme corrobora o artigo 227 do dispositivo referido:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁸.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁸ Idem.

Por derradeiro, ao analisar o referido artigo, nota-se que é dever da família e do Estado assegurar atender as necessidades e interesses da criança e do adolescente.

Martha de Toledo Machado refere que:

Quando se afirma que crianças e adolescentes eram tratados no sistema anterior basicamente como objetos de intervenção do mundo adulto, não se pretende sustentar que não poderiam figurar como titulares de nenhum direito. (...) O que se pretende destacar é que, na sistemática anterior, eram vistos essencialmente como adultos em miniatura: quando muito, tinham alguns direitos da mesma natureza daqueles conferidos aos adultos¹⁹.

Giza-se que é expressamente obrigatório que seja garantido ao adolescente o formal conhecimento das atribuições do ato infracional praticado, mediante citação ou meio equivalente²⁰.

Em suma, pode-se concluir que os adolescentes deixaram de ser objeto de proteção assistencial e passaram a ser titulares de direitos subjetivos²¹.

6. medidas socioeducativas e espécies: conceito e procedimentos

As medidas socioeducativas estão previstas no art. 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e são aplicadas na ocorrência de algum ato infracional praticado por adolescente.

Urge salientar que as medidas são operadas de acordo com a gravidade/característica da infração e possui caráter reparador,

¹⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 24.

²⁰ Idem, p. 20.

²¹ Idem, p. 9.

objetivando a reinserção e a ressocialização do infrator, fazendo com que não retorne ao mundo infracional.

As medidas socioeducativas foram ordenadas em categorias, de acordo com o ECA, iniciando pela advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional.

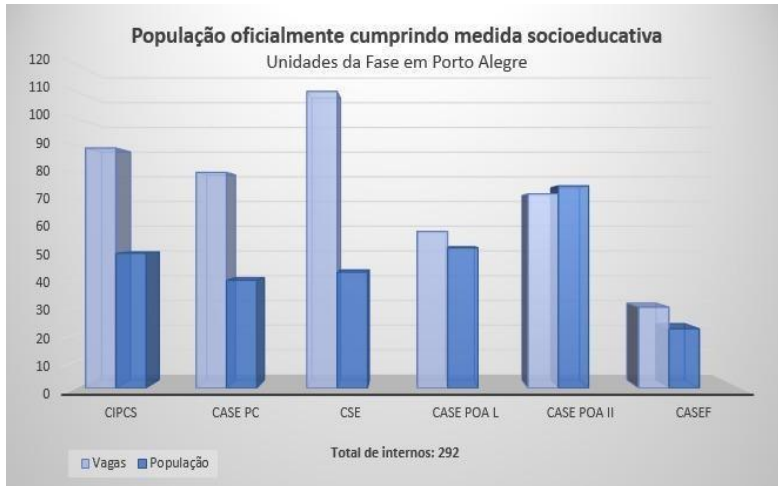
Para a aplicação de cada medida, o Magistrado da Vara da Infância e Juventude analisa e avalia o ato praticado pelo adolescente, bem como se há reincidência ou não, verificando qual medida que se encaixa melhor a situação, de acordo com a gravidade.

Insta salientar que a medida socioeducativa imposta não pode ser extinta com em virtude do infrator ter atingido a maioridade.

Além disso, as medidas socioeducativas dispõem de tempo de cumprimento, uma vez que é necessário para que seja alcançado o objetivo de medida imposta, garantindo que o objetivo da reinserção tenha sido alcançado.

De acordo com os dados da Assessoria de Informação e Gestão da FASE-RS, a população oficial de adolescente em cumprimento de medida socioeducativa no ano de 2020, é de 279 adolescentes internos, divididos entre as unidades da Fase em Porto Alegre/RS, conforme corrobora o gráfico 1:

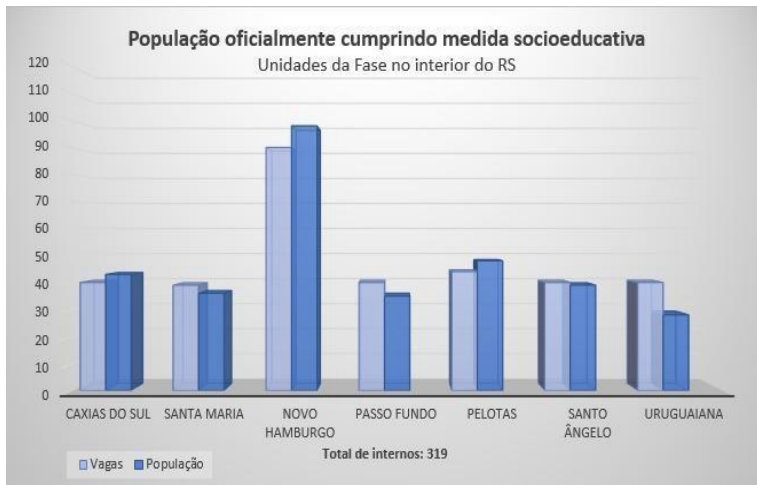
Gráfico 1 - População oficialmente cumprindo medida socioeducativa nas unidades de Porto Alegre/RS



Fonte: Adaptado de Assessoria de Informação e Gestão da FASE-RS

Ato contínuo, a Assessoria de Informação e Gestão da FASE-RS demonstra a população oficial de adolescente em cumprimento de medida socioeducativa no ano de 2020, no interior do Rio Grande do Sul, conforme gráfico 2:

Gráfico 2 - População oficialmente cumprindo medida socioeducativa nas unidades do interior do RS



Fonte: Adaptado de Assessoria de Informação e Gestão da FASE-RS

Por fim, as medidas socioeducativas visam adotar mecanismos pedagógicos de inclusão social, que seja capaz de introjetar valores, no jovem ainda em formação, aumentando a sua autoestima, ampliando os seus horizontes e a sua condição de sonhar com a grande possibilidade que é a vida²².

6.1 Da Advertência

No que tange a medida de advertência, nota-se que é a primeira elencada no Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante art. 115 do ECA²³ e é considerada a medida menos gravosa, consistindo em uma recomendação/aviso ao adolescente praticamente do ato.

Segundo Mário Luiz Ramidoff, a medida mencionada consiste numa admoestação verbal a ser aplicada judicialmente em audiência especificamente destinada para tal desiderato²⁴.

Ainda nesse sentido, Mario Volpi define que a advertência constitui uma medida admoestatória, informativa, formativa e imediata. A coerção manifesta-se no seu caráter intimidatório, devendo envolver os responsáveis num procedimento ritualístico²⁵.

Por derradeiro, institui-se que o adolescente que tem o primeiro contato com o ato infracional e o Poder Judiciário, não deve ter a aplicação da medida banalizada ou minimizada, uma vez que perde o caráter sancionatório, não produzindo os efeitos almejados²⁶.

²² BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006, p. 137.

²³ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 27 set. 2020.

²⁴ RAMIDOFF, Márcio Luiz. **Direitos Difusos e Coletivos IV**: Estatuto da Criança e do Adolescente. Vol 37 - Col. Saberes Do Direito. São Paulo: Saraiva, p. 90.

²⁵ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 28.

²⁶ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006, p. 141.

6.2 Da Obrigação de Reparar o Dano

A segunda medida socioeducativa contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por objetivo reparar o dano, restituir ou ressarcir o bem danificado.

Ramidoff aduz que a medida de obrigação de reparar o dano constitui-se na restituição do objeto e/ou coisa danificada, ou ainda o seu ressarcimento, caso não seja possível a reparação. Giza-se que em não sendo possível a restituição, o ressarcimento ou a compensação, a medida socioeducativa poderá ser substituída por outra que se afigurar adequada²⁷.

Sobre as características da referida medida, Mario Volpi expõe que é medida coercitiva e educativa, levando o adolescente a reconhecer o erro e repará-lo. A responsabilidade pela reparação do dano é do adolescente, sendo intransferível e personalíssima²⁸.

Por fim, quando não for possível o cumprimento da medida socioeducativa de reparação do dano por algum motivo, deverá ser substituída por outra medida que esteja dentro das possibilidades de cumprimento pelo adolescente, cumprindo seu papel.

6.3 Da Prestação de Serviços à Comunidade

Quanto à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, consiste na realização de trabalhos voluntários pelos adolescentes infratores, como forma de entender o valor do coletivo, substituindo as medidas privativas de liberdade.

Nesse sentido, Mário Luiz Ramidoff alude que a prestação de serviços à comunidade também se constitui numa medida socioeducativa, que

²⁷ RAMIDOFF, Márcio Luiz. **Direitos Difusos e Coletivos IV**: Estatuto da Criança e do Adolescente. Vol 37 – Col. Saberes Do Direito. São Paulo: Saraiva, p. 90.

²⁸ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 28.

consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral em entidades assistenciais, hospitalares, escolas e outras congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais²⁹

Volpi refere que prestar serviços à comunidade constitui uma medida com forte apelo comunitário e educativo tanto para o jovem infrator quanto para a comunidade, que por sua vez poderá responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral desse adolescente. Para o jovem é oportunizada a experiência de vida comunitária, de valores sociais e compromisso social³⁰.

Para o cumprimento da presente medida, é necessário o encaminhamento do adolescente para uma instituição responsável pela aplicação da medida. Após, é realizada uma análise da rotina do adolescente e é determinado as atividades educacionais que deve cumprir. Sendo assim, nota-se que a medida socioeducativa de PSC se demonstra efetiva quando acontece o devido acompanhamento do adolescente pelo órgão executor, pelo apoio da instituição que recebe o infrator para colaborar, e a utilidade real do trabalho realizado³¹.

6.4 Da Liberdade Assistida

Ainda, adentramos na medida de Liberdade Assistida, que refere-se ao acompanhamento do adolescente, bem como orientação durante este período. Considerada uma medida de cunho mediano, mas que para muitos, alcança o objetivo de ressocialização.

Volpi define:

²⁹ RAMIDOFF, Márcio Luiz. **Direitos Difusos e Coletivos IV**: Estatuto da Criança e do Adolescente. Vol 37 – Col. Saberes Do Direito. São Paulo: Saraiva, p. 90.

³⁰ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 29.

³¹ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 29.

Constitui-se numa medida coercitiva quando se verifica a necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente (escola, trabalho e família). Sua intervenção educativa manifesta-se no acompanhamento personalizado, garantindo-se os aspectos de: proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, frequência à escola, e inserção no mercado de trabalho e/ou cursos profissionalizantes e formativos³².

Para a aplicação da medida, o Juiz deverá designar pessoa capacitada, a qual ficará encarregada de algumas atividades diárias do adolescente, tais como: promover socialmente o adolescente e sua família; supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente; diligenciar para profissionalização e inserção do adolescente no mercado de trabalho; e apresentar relatório do caso³³.

Por fim, a medida de liberdade assistida é considerada uma das alternativas para direcionar o adolescente em conflito com a lei para pleno exercício da cidadania, afastando-se do caminho dos atos infracionais.

6.5 Do Regime de Semiliberdade

Ato contínuo, o regime de semiliberdade baseia-se em constituir uma estratégia de forma protetiva, a ser adotada para evitar a privação da liberdade do infrator, consoante previsão no art. 120 do ECA.

Ademais, esta medida permite que o adolescente realize atividades externas, desde que cumpra o acompanhamento na rede de ensino escolar e/ou atividade laboral.

A presente medida também tem por objetivo afastar – em grande parte – a possibilidade de internação do adolescente, podendo ser atendida

³² VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 30.

³³ RAMIDOFF, Márcio Luiz. **Direitos Difusos e Coletivos IV: Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vol 37 – Col. Saberes Do Direito. São Paulo: Saraiva, p. 91.

como primeira medida ou como processo de transição entre a medida de internação e o retorno do adolescente a sociedade³⁴.

Marcos Bandeira elucida que é um modelo similar ao regime semiaberto destinado aos imputáveis, os quais, normalmente, exercem atividades escolares e profissionalizantes externas sob a supervisão do responsável pela colônia agrícola, industrial ou similar e retornam para o pernoite, permanecendo, também, nos domingos e feriados no estabelecimento do regime semiaberto³⁵.

6.6 Da Internação

Por fim, como última medida socioeducativa elencada no Estatuto da Criança e do adolescente, adentramos na medida de internação em estabelecimento educacional, que é considerada a mais severa, visto que priva a liberdade do infrator. Somente destinada aos adolescentes que cometem ato infracional grave.

Nesse diapasão, Nucci aduz sobre a medida mencionada:

A internação é uma medida socioeducativa, com o perfil educativo, em primeiro plano, acompanhado da meta protetiva, em plano secundário, com um natural toque punitivo, do qual não se pode arredar. Mas o referido toque punitivo não constitui a essência da medida e, sim, a sua consequência, da qual não se pode fugir, tendo em vista a real restrição à liberdade, jamais aprazível por quem a sofre. Não se pode perder de vista, no entanto, que o processo educacional, conduzido pelos pais em relação aos seus filhos, também contém sanções, como partes integrantes da atividade corretiva de erros, visando ao aprendizado³⁶.

³⁴ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006, p. 164.

³⁵ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006, p. 164.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018. p. 462.

Mario Volpi alude que a medida socioeducativa de internação se apresenta em 3 modalidades: internação provisória, internação com prazo indeterminado e internação com prazo determinado. Em todas elas, o adolescente é privado do seu direito de ir e vir, devendo cumpri-las em estabelecimento próprio. Assim, trata-se de medidas de contenção do adolescente mediante sua institucionalização³⁷.

Conforme mencionado no art. 121 parágrafo 2º e 3º do ECA³⁸, a internação não tem prazo determinado, podendo perdurar até 3 anos do fato, não podendo exceder-se. Ainda, a cada 6 meses é feita uma reavaliação quanto à decisão judicial de aplicação da referida medida, observando se ainda é necessária ou se é possível fazer sua manutenção.

Por fim, podemos concluir que a finalidade da presente medida é utilizar a educação e atribuir responsabilidade pelos atos praticados, no intuito de fazer com que o adolescente não retorne a praticar novos atos infracionais.

6.7 Da Remissão

De acordo com o art. 126 do ECA³⁹, o instituto da remissão é uma forma de exclusão do processo, com a possibilidade de ser concedido antes do início do procedimento judicial para apuração do ato infracional, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

³⁷ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 41.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 out 2020.

A remissão pode ser facultada em dois momentos distintos: na fase pré-processual, concedida pelo Promotor de Justiça, antes do oferecimento da representação, tendo como efeito a exclusão do processo de conhecimento; ou na fase já judicializada, com exclusão ou suspensão do processo, aplicada pelo Juiz de Direito da Infância e Juventude, quando já oferecida a representação⁴⁰.

Por fim, a hipótese de remissão, a qual poderá ser concedida de acordo com o disposto no inciso II do art. 180, c/c 126 caput e 127 do Estatuto, como forma de exclusão do processo, após a valoração das circunstâncias e consequências da infração, do contexto social, bem como da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, não importando no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade e nem prevalecendo para efeito de reincidência, prescindindo, assim, de provas suficientes de autoria, bem como de materialidade⁴¹.

7. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE

Após o surgimento do ECA, mostrou-se necessário o estabelecimento de alguma Lei que regulamentasse a aplicação das medidas socioeducativas. Em 18 de janeiro de 2012, foi instituída a Lei nº 12.594 – SINASE, que regulamentou e envolveu um conjunto de regras e princípios, a fim de determinar e organizar tais medidas. Ademais, o dispositivo também definiu as atribuições do Ministério Público e do Poder Judiciário para o atendimento do adolescente infrator.

⁴⁰ DAL POS, Angela Caren. **Há critérios para o perdão?** Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e na medida socioeducativa. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044567.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁴¹ **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. edição Revista e Atualizada Conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2010.

Nesse ínterim, o CNJ reafirma que o Sistema é de natureza pedagógica das medidas socioeducativas e, no mesmo compasso, estabelece a necessidade de participação dos próprios adolescentes, suas famílias e comunidades no processo de construção e avaliação das medidas, destacando a condição de sujeitos de direitos dessa população⁴².

Ademais, observa-se que o SINASE deu ênfase às medidas em meio aberto, uma vez que demonstra o caráter de reinserção do adolescente, recomendando a utilização em meio fechado apenas em casos excepcionais.

Por fim, nota-se que a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei n. 12.594/12) regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei, padronizando o atendimento e o processo de apuração das infrações cometidas por meio dos Levantamentos Anuais e Trimestrais⁴³.

8. Plano individual de atendimento à criança e adolescentes

O Plano Individual de Atendimento a Crianças e Adolescentes, também chamado de PIA, é um instrumento que tem por objetivo direcionar ações realizadas visando a integração, reinserção e proteção de crianças e adolescentes, buscando analisar caso a caso e realizar um planejamento para cada adolescente.

Segundo Tiago Rosendo, o PIA também é responsável pela organização das ações e atividades que serão desenvolvidas com essa criança e com a sua família durante todo o período que o mesmo estiver

⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reiterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasi-leiros / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

⁴³ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual Sinase 2017**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.p df>. Acesso em: 31 out 2020.

no local de internação ou institucionalização para o caso do adolescente infrator⁴⁴.

Por derradeiro, observa-se que o PIA elabora compromissos assumidos pelos pais ou responsável, ou ainda pelo adolescente, pelos atores responsáveis pelo acolhimento e pelas políticas setoriais. Dessa forma, o PIA prepara estratégias e metas para alcançar sua finalidade⁴⁵.

9. Dados referente a eficácia da aplicação das medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas têm como principal objetivo a reinserção do infrator junto à sociedade, a fim de que o adolescente não retorne a praticar atos que vão em conflito com a lei.

Volpi salienta que a aplicação de medidas socioeducativas não pode acontecer isolada do contexto social, político e econômico em que está envolvido o adolescente. Antes de tudo, é preciso que o Estado organize políticas públicas para assegurar, com prioridade absoluta, os direitos infanto-juvenis⁴⁶.

Diante, no intuito de elucidar os efeitos e demonstrar a real eficácia da aplicação das medidas socioeducativas, demonstra-se dados referente aos anos de 2013 a 2017, em uma pesquisa quantitativa sobre os adolescentes infratores na FASE-RS.

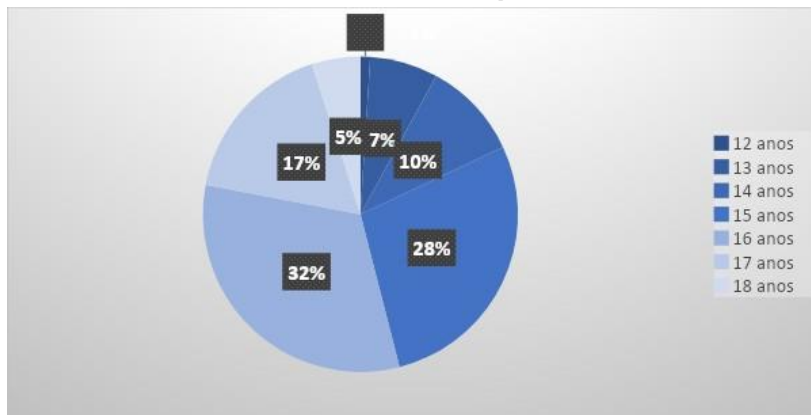
Primeiramente, dados referentes a idade dos adolescentes no momento da prática do ato infracional:

⁴⁴ ROSENDO, Tiago Alvares. **Medidas Socioeducativas**: Análise Das Medidas Socioeducativas Em Meio Aberto (Trabalho de conclusão de graduação). João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16416/1/TAR04102019.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁴⁵ NOVA CONCURSOS. **Orientações para Elaboração do Plano Individual de Atendimento de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento**. Coordenação Geral de Serviços de Acolhimento. Disponível em: <https://www.novaconcursos.com.br/blog/pdf/orientacoes-elaboracao-plano-individual-atendimento.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

⁴⁶ VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. Ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 45.

Gráfico 3 - Idade do adolescente no momento da prática do ato infracional



Fonte: Adaptado de Luíze Apollo da Silva

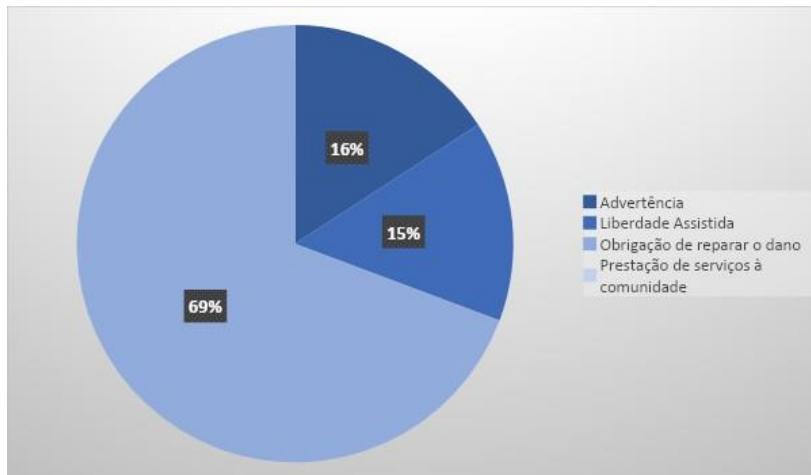
Com relação à faixa etária dos adolescentes, nota-se que um crescimento a partir dos 15 anos, alcançando seu índice máximo aos 16 anos, no período entre 2013 e 2017.

Ainda, resta claro a necessidade do sistema educacional brasileiro priorizar o acesso e a permanência de todas as crianças e adolescentes na escola, em especial aqueles com baixa renda, adolescentes trabalhadores da zona rural, não alfabetizados ou até mesmo os que vivem nas ruas⁴⁷.

No presente gráfico, demonstra-se os dados referente as medidas mais aplicadas aos adolescentes:

⁴⁷ SILVA, Luíze Apollo da. A (in) eficácia das medidas socioeducativas de internação na fundação de porto alegre a partir da análise da reincidência e da inclusão ao cárcere (Trabalho e conclusão de curso). 2018.

Gráfico 4 - Medida socioeducativa aplicada ao adolescente

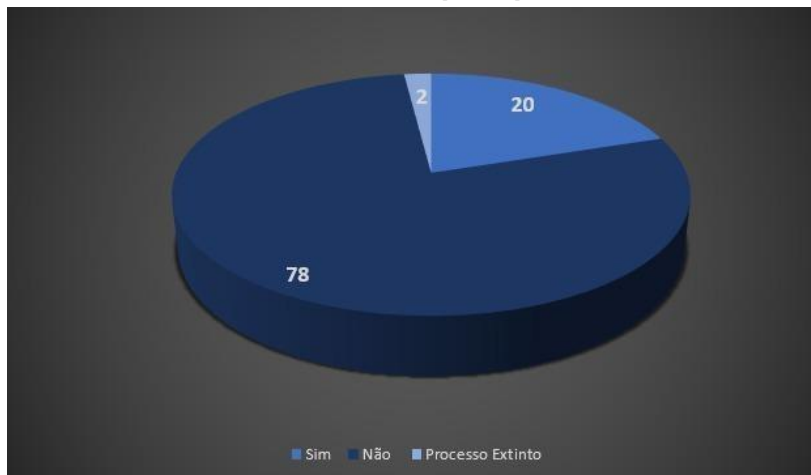


Fonte: Adaptado de Luíze Apólo da Silva

O índice de aplicação da prestação de serviço à comunidade mostra-se mais elevado, em razão de ser uma medida que implica ao adolescente uma punição pelo delito que cometeu e um alto nível de responsabilidade, pois, o adolescente precisa cumprir em um número x de meses e em número x de horas e precisa comparecer todos os dias no local a prestação de serviços⁴⁸.

⁴⁸ SILVA, Luíze Apólo da. A (in) eficácia das medidas socioeducativas de internação na fundação de porto alegre a partir da análise da reincidência e da inclusão ao cárcere (Trabalho de conclusão de curso). 2018.

Gráfico 5 - Prática de novas infrações após o cumprimento da medida



Fonte: Adaptado de Luize Apollo da Silva

Pode-se afirmar que as medidas socioeducativas cumpridas em meio aberto, tanto a prestação de serviço à comunidade como a liberdade assistida, são as melhores alternativas para a reeducação e responsabilização do adolescente infrator⁴⁹.

Por fim, nota-se que as medidas socioeducativas não privativas de liberdade, como a prestação de serviço à comunidade e a liberdade assistida foram eficazes no ano de 2016.

Considerações finais

Ao decorrer do trabalho de conclusão de curso, nota-se a grande evolução das garantias e direitos das crianças e dos adolescentes, visando principalmente a proteção integral. Inicialmente, adentrou-se no Código de menores de 1927, também conhecido como Código de Mello Mattos, onde o adolescente era considerado inimputável até os 17 anos e que somente a partir dos 18 responderia pelos atos praticados. Logo, surgiu o

⁴⁹ SILVA, Luize Apollo da. *A (in) eficácia das medidas socioeducativas de internação na fundação de porto alegre a partir da análise da reincidência e da inclusão ao cárcere* (Trabalho de conclusão de curso). 2018.

Código de Menores de 1979, introduziu a ideia de menor em situação irregular, tornando como principal objetivo o controle social das crianças e dos adolescentes.

Tal evolução trouxe a necessidade de buscar um novo conceito de proteção das crianças e adolescentes, momento em que foi adotado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, visando garantir direito e proteção integral.

Ademais, nas primeiras medidas socioeducativas, em que cumpre em meio aberto, observa-se que o adolescente tem a oportunidade de se responsabilizar pelos atos praticados, bem como em alguns casos restituir o dano.

No tocante às medidas socioeducativas em meio fechado, observou-se que são aplicadas aos adolescentes que praticam atos considerados mais graves, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, sendo privado de sua liberdade, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, evidenciou-se que para que o adolescente possa ser reinserido na sociedade, é necessário que a medida chegue ao seu objetivo final, proporcionando educação, cursos profissionalizantes e outras formas para que o adolescente consiga se reintegrar na comunidade, o que pode ser atrapalhado diante da quantidade de infratores internados ser maior que a população permitida. Resta clara a importância da eficácia das medidas socioeducativas, uma vez que estes adolescentes estarão de volta em nossa sociedade, tentando construir um novo projeto de vida.

Referências

AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZEVEDO, Mauricio Maia de. **O Código de Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior.** Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

BANDEIRA, Marcos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional.** Florianópolis: Editora UESC, 2006

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.** Código de Menores. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1927. Revogada pela Lei n. 6.697, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 19 set. 2020

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual Sinase 2017.** Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reentradas e reinterações infracionais:** um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

CRONEMBERGER, Rafaella Vasconcelos. **Medida Socioeducativa de Internação:** um mesmo instituto para coibir atos infracionais de gravidades distintas. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edio01_2012/artigos/16_Rafaella.Vasconcelos.Cronemberger.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Revista e Atualizada Conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DAL POS, Angela Caren. **Há critérios para o perdão?** Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e na medida socioeducativa. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044567.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

FASE-RS. **Fundação de atendimento socioeducativo do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>. Acesso em: 22 out. 2020.

LÉPORE, Paulo Eduardo. **Coleção 80 - Direito Uerj**. Criança e adolescente. 1. ed. Rio de Janeiro:

NAHAS, Thereza Christina; GÊNOVA, Jairo José; SIVA, Nelson Finotti. **ECA: efetividade e aplicação: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico**. São Paulo: LTr, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direitos Difusos e Coletivos IV Estatuto da Criança e do Adolescente**. Coleção Saberes do Direito, 37. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ROSENDO, Tiago Alvares. **Medidas Socioeducativas**: Análise Das Medidas Socioeducativas Em Meio Aberto (Trabalho de conclusão de graduação). João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16416/1/TAR04102019.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

SILVA, Luiz Apolo da. **A (in) eficácia das medidas socioeducativas de internação na fundação de porto alegre a partir da análise da reincidência e da inclusão ao cárcere** (Trabalho de conclusão de curso). 2018.

SOARES, Helena Frades. **Juventudes Perdidas**: medida socioeducativa de internação como fator criminógeno e ambiente propenso à reincidência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescente**. 2011. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2011.

VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

WESTIN, Ricardo. **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>. Acesso em: 18 set. 2020.

Um olhar sobre Lei de Migração n.º 13.445/2017

*Sandra de Mattos Kolesny*¹

*Cristiane Feldmann Dutra*²

1 Introdução

Este artigo tem como tema a problemática crise dos refugiados e imigrantes. Trata-se de violações de direitos humanos de indivíduos buscando refúgio em outros países, fugindo do seu Estado, devido a fundados temores por perseguições, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, situações essas que desrespeitam a dignidade da pessoa humana. Assim pesquisar e verificar se a Legislação Internacional e a Lei Nacional vigente, são suficientes para assegurar a proteção jurídica dos refugiados e imigrantes, tal como, a efetividade de políticas públicas e acesso ao voto.

O objetivo é compreender a evolução da legislação brasileira para proteção jurídica dos refugiados no Brasil, assimilando assim a eficácia da Legislação vigente, as garantias que a mesma oferece. Através dos conhecimentos adquiridos, promovendo reflexões sobre o direito dos refugiados e imigrantes, para que seja mais estudado, questionado, conhecido e publicado.

Através da Convenção Genebra de 1951, e do Protocolo de 1967, é reconhecida a importância de cooperação internacional para enfrentar a

¹ Pós-Graduada em Direito Ambiental pela Universidade Cruzeiro do Sul. Graduada no Curso de Direito pelo Centro Universitário CESUCA-RS. E-mail: sandra.kolesny@hotmail.com.

² Doutora em Educação (Universidade Lasalle). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos na UniRitter-Laureate International Universities-RS. Docente de Direito de Graduação do Centro Universitário do Cesuca. E-mail: cristiane.feldmann@hotmail.com

situação do refúgio. O Instituto do Refúgio no Brasil é fundamentado pela Lei 9.474 de 1997, a Lei é moderna frente a outros países. Além disso, a Lei de Migração n.º 13.445 de 2017, é uma legislação abrangente que define os direitos e os deveres do migrante no Brasil, regulando a entrada e permanência, trazendo uma nova qualificação, que antes era denominado estrangeiro, agora são imigrantes, e emigrantes.

A Legislação é atual, mas, no entanto, ainda existem lacunas, haja vista que o imigrante tem direito ao voto limitado, pois para exercer direitos políticos precisa estar naturalizado. A linha de pesquisa é Direito Internacional. O método de pesquisa é qualitativo e empírico, no qual realizou-se abordando questionários em seis imigrantes venezuelanos, sobre o interesse na participação da vida política do País por meio do voto. O procedimento metodológico foi através de livros, doutrinas, artigos científicos, pesquisa em legislações, e todos os meios digitais disponíveis.

1.1 Aspectos Históricos do Refúgio no Mundo e no Brasil

O tema do refúgio é tão antigo quanto a humanidade. Por razões políticas, religiosas, sociais, culturais ou de gênero, milhões de pessoas já tiveram que deixar seus países e buscar proteção internacional em outros. A pesquisa histórica identifica que regras bem definidas para refúgio já existiam na Grécia Antiga, em Roma, Egito e Mesopotâmia. Naquela época, o refúgio era marcado pelo caráter religioso, em geral concedido nos templos e por motivo de perseguição religiosa. As pessoas entravam nesses lugares sagrados e seus perseguidores, os governos e exércitos não podiam entrar. O respeito e o temor aos templos e divindades faziam dos locais sagrados o refúgio contra violências e perseguições. No entanto, o refúgio na Antiguidade beneficiava, em geral, os criminosos comuns, numa

inversão do que acontece no quadro atual, pois a proteção a dissidentes políticos constituía ato de afronta entre nações que poderia gerar guerra³.

O instituto do refúgio, espécie de deslocamento humano caracteriza-se pelo fato de serem pessoas ou grupos de pessoas que são obrigadas a fugir de seus países de origem por temerem por suas vidas, liberdade ou segurança. Deslocam-se para outro país em busca de proteção. Assim define o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados [...]. A palavra refúgio remete a ideia de proteção à medida que significa um lugar para alguém se retirar em busca de segurança; abrigo e acolhida. Objetivando o refúgio, esse lugar seguro, milhares de pessoas abandonam seus países de origem, onde não é possível manter uma vida segura e buscam um país que acolha e proporcione uma existência livre de violência. Diante do rol de motivos apresentados para a concessão de refúgio, bem fundado temor de perseguição por raça, nacionalidade, religião, opinião política, pertencimento a determinado grupo social e grave e generalizada violação de direitos humanos⁴.

É o solicitante de refúgio que deve, individualmente, apresentar os motivos que fundamentam seu temor de perseguição. Deve-se pressupor que a pessoa teme com razão ser perseguida quando já foi vítima de perseguição por uma das razões enumeradas na Convenção de 1951. No entanto, a expressão “temor” se aplica não apenas àqueles que já foram perseguidos, mas também aos que buscam evitar uma situação na qual poderiam ser vítimas de perseguição. Geralmente as expressões “temor de perseguição” ou mesmo “perseguição” são desconhecidas para o refugiado. Na realidade, um refugiado raramente fará menção a um

³ BARRETO, Luiz Paulo Teles. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas.** (Org.) 1ª ed. Brasília. ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Agência da ONU para Refugiados. Protegendo refugiados no Brasil e no mundo. 2017. p.12. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_Aprote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁴ POST, Carine Betine; PEREIRA, Gustavo de Lima. **Violência de gênero no contexto das mulheres em situação de refúgio em âmbito internacional e brasileiro.** In: DUTRA, C.F.; PEREIRA, G.L. (Org.). Direitos Humanos e Xenofobia: Violência Internacional no Contexto dos Imigrantes e Refugiados. 1ª. ed. Curitiba: Ed. Prismas, 2017. p. 209.

O primeiro vem a ser o artigo 7.º da Convenção XII de Haia, de 1907, que criou a Corte Internacional de Presas, e foi o primeiro texto internacional a estabelecer um rol de fontes do Direito Internacional Público, tendo sido estabelecido, no seu artigo 7º, que diz o seguinte: Se a questão de direito a resolver estiver prevista por uma convenção em vigor entre o beligerante captor e a potência que for parte do litígio, ou cujo nacional for parte dele, o Tribunal decidirá conforme as estipulações da mencionada convenção. Na falta dessas estipulações, o Tribunal aplicará as regras do Direito Internacional. Se não existirem regras internacionalmente reconhecidas, o Tribunal decidirá de acordo com os princípios gerais e equidade⁸.

O segundo diploma foi o artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, o qual foi reproduzido pelo diploma que atualmente traz o elenco das fontes de Direito Internacional. Trata-se do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estipula que este órgão decidirá as questões a ele apresentadas com base nas convenções internacionais, no costume internacional, nos princípios gerais do direito, nas decisões judiciais internacionais e na doutrina dos juristas mais qualificados, além da equidade [...]. De acordo com a maior parte da doutrina, as fontes primárias de Direito Internacional são os tratados, o costume internacional e os princípios gerais do direito, sendo que os dois primeiros são os mais utilizados, até em função de o artigo 38, indicar que as decisões judiciais, a doutrina e a equidade serão usadas subsidiariamente⁹.

Os tratados internacionais são incontestavelmente, principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na

⁸ MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 84-85.

⁹ JUBILUT, Líliliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Orçamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p. 80. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

vontade livre e conjugadas dos Estados e das Organizações Internacionais¹⁰.

Entretanto, Varella discorre que o tratado internacional concluído por escrito entre Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais, regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica¹¹.

No que se refere ao Direito Internacional, a Convenção é um tratado que continua sendo a pedra angular da proteção a refugiados. Sofreu adaptações e resistiu a seis décadas de grandes mudanças, mas hoje enfrenta desafios sem precedentes¹².

O texto final da convenção aponta que, para os seus objetivos, refugiados são as pessoas já protegidas pelos órgãos previamente estabelecidos para cuidar do tema, bem como as pessoas que, em consequência de eventos ocorridos, antes de 1.º de janeiro de 1951, na Europa ou fora dela (cabendo a adoção de uma ou outra hipótese pelos Estados no momento de seu comprometimento com ela), e receando com razão ser perseguida em virtude de sua • raça, • religião, • nacionalidade, • filiação em certo grupo social, ou • das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país, ou que, se não tiver nacionalidade e esteja fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar. Com base nesse texto, verifica-se que a Convenção de 1951 previa a possibilidade de uma reserva geográfica, o que significa dizer que os Estados podiam considerar refugiados tão-somente as pessoas provenientes da Europa em função de ter sido essa região palco da Segunda Guerra Mundial se optasse por adotar esta cláusula. A existência desta

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 86.

¹¹ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. p. 37.

¹² ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-comemora-60-anos-da-convencao-de-1951-para-refugiados>. Acesso em: 27 ago. 2018.

limitação geográfica é decorrência da pressão dos Estados europeus que se sentiam prejudicados com a enorme massa de refugiados em seus territórios, e que queriam que houvesse uma redistribuição desse contingente¹³.

Outro tratado é o Protocolo de 1967, este eliminou as limitações e em face do surgimento de novos grupos de refugiados que não se enquadram na definição restritiva da Convenção de 1951. Este protocolo foi firmado com a finalidade de aplicar a proteção da Convenção a outras pessoas que não apenas aquelas que se tornaram refugiadas em resultado dos acontecimentos ocorridos antes de 1951¹⁴.

Ademais, existem tratados não específicos sobre o tema dos refugiados, que também são utilizados pelo Direito Internacional dos Refugiados a fim de assegurar uma melhor proteção a esses, muito em função de esse ser uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, ser composto por direitos universais, indivisíveis, interdependentes e relacionados. Dentre esses instrumentos destacam-se:

As Convenções IV e V de Haia relativa aos Direitos e Deveres das Potências e Pessoas Neutras no Caso da Guerra Terrestre de 1907 (artigos 4.º e 6.º), A Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948 (artigo 27), A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (artigos 2.º, 3.º, 14, 18 e 21), A Terceira Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1949 (artigos 87, 100, 109), a Quarta Convenção de Genebra sobre a Proteção de Pessoas Civis em Tempos de Guerra (artigos 44, 51, 70, § 2.º), O Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 1949 (artigos 47, 51 §

¹³ JUBILUT, Liliãna Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Orçamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p.84. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplicacao%20C3%A7%6C3%A30-no-Ordenamento-Jur%20C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2019.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 171.

6.º, 58, 73), A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (artigo 14)¹⁵.

Neste mesmo segmento observaremos o que versa a Constituição Federal de 1988, sobre a proteção jurídica dos refugiados.

2.1 A Constituição Federal de 1988, e a Proteção Jurídica dos Refugiados

A análise da temática dos refugiados na Constituição Federal de 1998 deve ser feita a partir de uma dupla perspectiva: devem-se analisar, de um lado, as suas disposições internas, ou seja, os princípios e regras nela contidos referentes à proteção dos refugiados, e, de outro lado, as disposições que lhe são exteriores, mas que são reguladas por ela, as quais, no caso em questão, vêm expressas em tratados internacionais, ou seja, tem-se que entender como essas regras internacionais se coadunam com as regras constitucionais. A Constituição Federal de 1988 traz em seu título I, que trata dos princípios fundamentais, um elenco de princípios que devem orientar as ações do Brasil, entre as quais as de escopo internacional, como a prática do refúgio. Por princípios entende-se as linhas gerais que devem ser adotadas pelo governo brasileiro no exercício de suas atividades. Trata-se de regras jurídicas que, ao mesmo tempo em que fundamentam as demais regras jurídicas, apontam os objetivos a serem alcançados por essas, tendo assim papel de destaque nos ordenamentos jurídicos¹⁶.

A Constituição Federal de 1988, elenca em seu artigo 1.º os seus fundamentos, entre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, que vai pautar toda

¹⁵ JUBILUT, Liliãna Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Orçamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p. 89-90.

¹⁶ JUBILUT, Liliãna Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p. 179. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

a proteção dos direitos humanos no Brasil. Ademais, no artigo 3.º, que se encontra dentro do título dos princípios fundamentais, estabelece seus objetivos fundamentais, e, com isso, inova a prática constitucional brasileira, posto que ao deixar claro quais os objetivos que pretende atingir obriga a todos (Estado, sociedade civil e indivíduos) a se comprometer com a sua realização¹⁷.

No texto anterior, verificamos que a Constituição Federal de 1988, tem como princípio artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana que é o fundamento de toda a proteção dos direitos humanos no Brasil, obrigando a todos comprometerem com sua realização.

Refere-se ainda o autor Sarlet, que a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos¹⁸.

Outro destaque importante ressalta Piovesan, que o direito humano na esfera internacional já está positivado na Constituição Federal de 1988.

Enfatiza-se que a Constituição Brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do país, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de

¹⁷ JUBILUT, Liliانا Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p. 179. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplicacao-C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1ª.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

princípios tradicionais como a soberania nacional e não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitido a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional¹⁹.

Além disso, no artigo 3º, da Constituição Federal, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que:

I-construir uma sociedade livre, justa e solidária; II-garantir o desenvolvimento nacional; III-erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁰.

Com efeito, o refúgio está amparado na Constituição Federal de 1988, que elenca no seu artigo 4º, dentre os princípios das relações internacionais pelos quais o Brasil deverá se reger, a prevalência dos Direitos Humanos inciso II e a concessão de asilo político inciso X. Com a promulgação da Lei 9.474/1997, o Brasil inovou ao adotar a definição ampliada de refugiado prevista na Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984)²¹.

Na mesma concepção afirma Jubilut.

Além de obrigar o Brasil a zelar pelo respeito aos direitos humanos e a conceder asilo, assegurando mediatamente o refúgio, a Constituição Federal de 1988 estipula a igualdade de direitos entre os brasileiros e os estrangeiros

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva 2016. p. 95.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2018.

²¹ BARRETO, Luiz Paulo Teles. **Refúgio no Brasil. A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: Ed. Atalaia Gráfica, 2010. p. 136.

incluindo-se os solicitantes de refúgio e os refugiados do que se depreende que, salvo as exceções nele previstas, este documento coloca o ordenamento jurídico nacional, com todas as suas garantias e obrigações, à disposição dos estrangeiros que vêm buscar refúgio no Brasil [...] ²².

Logo após, verifica-se o que o artigo 5º da Constituição federal de 1988 determina que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] ²³.

Entretanto, para Hesse, a Constituição, não depende apenas de seus escritos, mas de pôr em prática suas normas, e princípios, para sua eficácia deve se adaptar as condições naturais e sociais de um povo de acordo com ele. À norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente ²⁴. Como vimos no capítulo anterior o refúgio está amparado na Constituição Federal, neste mesmo ângulo a seguir discorreremos sobre alguns pontos importantes do Estatuto dos Refugiados.

3 Estatuto dos refugiados, Lei 9.474/1997

A política de Estado do Brasil com relação ao refúgio está construída em sólidas bases humanitárias e segue iluminada pela vanguarda do

²² JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p.182. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

²³ SCAGLIA, Geisa Santos. **Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009. 77f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, p. 36. Disponível em: <http://siaibibo1.univali.br/pdf/Geisa%2oSantos%2oScaglia.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

²⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1ª ed. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 18.

universo jurídico na matéria. E, por isso, em um momento de profunda indiferença humanitária por parte de muitos Estados, reverbera como um sopro de esperança. A consubstanciação das afirmações anteriores materializa-se, entre outros fatores, pela promulgação da Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Esta Lei define mecanismos para a implantação do Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas de 1951 e de seu Protocolo de 1967, determinando outras providências que deverão ser adotadas pelo Estado brasileiro, no tocante à temática do refúgio [...]²⁵.

O artigo 1º, traz a definição do termo atual de refugiado: será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I-devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.
II-não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III-devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país²⁶.

No Brasil quem analisa os pedidos de refúgio é o CONARE conforme artigo 12º da Lei de Refúgio 9.474 de 1997, compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de Direito Internacional dos Refugiados e tem a finalidade de:

²⁵ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Reconhecimento dos Refugiados pelo Brasil** CONARE. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24507.pdf>. p.25. Acesso em: 26 mar. 2019

²⁶ ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 24 abr. 2018.

I-analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; II-decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante a requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; III-determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; IV-orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; V-aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei²⁷.

Enquanto as pessoas refugiadas estão em uma situação muito vulnerável, pois não têm proteção de seus respectivos países e sofrem ameaças e perseguições, os migrantes internacionais escolheram viver no exterior principalmente por motivações econômicas, podendo voltar com segurança a seu país de origem se assim desejarem. Estes não recebem assistência e proteção do ACNUR, pois não estão sob seu mandato. Refugiados e migrantes são cada vez mais confundidos entre si e tratados com desconfiança, preconceito e intolerância. Os sistemas de proteção internacional estão sob intensa pressão. Em muitos países, os controles de fronteiras estão cada vez mais rigorosos por questões de segurança interna, impedindo a entrada de migrantes em situação irregular. Como muitas situações atuais se referem ao contexto de fluxos mistos, é necessário garantir que pessoas refugiadas sejam devidamente identificadas e protegidas de acordo com os protocolos internacionais²⁸.

Diante disso, a Lei da Migração, foi elaborada para garantir a segurança migratória, a qual regula a entrada e saída dos migrantes no País, trata o movimento migratório como direito humano.

²⁷ ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Agência da ONU Para Refugiados. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/português/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 31 maio. 2018.

²⁸ ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf. Acesso em: 25 dez. 2018.

4 A Lei de Migração n.º 13.445 de 2017

A condição jurídica do estrangeiro no Brasil atualmente é regida pela Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017, a Lei de Migração, que revogou a antiga Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, criado durante a ditadura militar adotava uma postura de segurança nacional e de criminalização do estrangeiro. Já a nova Lei de Imigração trata o movimento migratório como um direito humano, combatendo a xenofobia e a discriminação contra o migrante²⁹. Sendo que o artigo 1º da Lei 13.445/2017, abrange os conceitos, conforme Site da Polícia Federal.

Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante; II-Imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; III-Emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior; IV-Residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho; V-Visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional³⁰.

Merece destacar ao artigo 3º incisos II e IV, que apontam como princípios ou diretrizes da política migratória brasileira o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação; e a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional³¹. A Lei de Migração

²⁹ ROCHA, Aline Alves Borges. **Condição Jurídica do Estrangeiro no Brasil**. Disponível em: 13.445/2017.alinerocha1220.jusbrasil.com.br/artigos/560718340/a-condicao-juridica-doestrangeiro -lei-13445-2017. Acesso em: 20 set. 2018.

³⁰ POLÍCIA FEDERAL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Impactos da Nova Lei de Migração 13.445/2017. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/impactos-da-nova-lei-deimigracao-no-13445-2017>. Acesso em: 17 maio 2018.

³¹ DAL MASO, Tarcísio Jardim. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.12, n.12. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. 2017. p. 28.

acaba com a ideia de que o imigrante é uma ameaça à segurança nacional. O artigo 4º, prevê ampla gama de direitos aos migrantes, como o de reunião e associação, e estende direitos, garantias e liberdades aos não residentes³².

Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: I-direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; II-direito à liberdade de circulação em território nacional; III-direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; § 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte³³.

As principais mudanças que traz a Lei 13.445/2017:

É a proteção aos apátridas; nenhuma outra norma anterior à Lei de Migração tratava da proteção aos apátridas, asilados e brasileiros no exterior, apenas tratados internacionais. A nova Lei organiza a cooperação jurídica entre países para essa finalidade. Acolhida humanitária, A lei determina a existência de um visto temporário específico para o migrante em situação de acolhida humanitária, para pessoas que precisam fugir dos países de origem, mas que não se enquadram na lei do refúgio. A legislação também contempla migrantes que vêm ao Brasil para tratamentos de saúde e menores desacompanhados. Regularização documental dos Migrantes com documentação inexistente ou irregular poderão regularizar a situação dentro do Brasil. O Estatuto do Estrangeiro determinava que o estrangeiro tinha de sair do Brasil e aguardar

³² ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates12_Ref%C3%B4gio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 06 dez. 2019.

³³ BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 06 dez. 2019.

emissão de visto no país de origem, o que podia ou não acontecer. A manifestação Política o Estatuto do Estrangeiro proibia imigrantes de participarem de qualquer atividade de natureza política. A lei acaba com a proibição e garante o direito do imigrante de se associar a reuniões políticas e sindicatos. Trabalhadores marítimos além do respeito aos Direitos Humanos, a Lei de Migração deve ter impactos positivos sobre a economia do turismo no Brasil. O Estatuto do Estrangeiro determinava que tripulantes internacionais que trabalham nos navios precisavam pagar taxas consulares ao Ministério do Trabalho. A lei acabar com essa exigência, o que reduz custos, simplifica a operação dos cruzeiros. A medida deve, assim, atrair mais cruzeiros e gerar emprego e renda³⁴.

Após examinarmos alguns pontos necessários da Lei da Migração n.º 13.445/2017, destacaremos algumas características relevantes:

Paradigma central, proteção de direitos humanos na temática das migrações, como decorrência da proteção constitucional da dignidade humana; Ao migrante é garantida, assim como aos nacionais, a Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurando-lhe também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos (artigo 4º, caput e inciso I); Regularização migratória passa a ser a regra; Previsão da autorização de residência (requerida em território nacional sem ter que sair para se regularizar); Integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica são isentos do pagamento de taxas e emolumentos consulares para concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória; Assegura-se o acesso igualitário e livre dos migrantes a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (artigo 3º, XI)³⁵.

³⁴BRASIL. **Cidadania e Justiça**. Confira as principais mudanças trazidas pela Lei de Migração. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/confira-as-principais-mudancastrazidas-pela-lei-de-migracao>. Acesso em: 10 set. 2018

³⁵POLÍCIA FEDERAL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/lei-de-migracao/impactos-da-nova-lei-de-imigracao-no13445-2017>. Acesso em: 07 mar. 2019.

A atual Lei da Migração contempla vários benefícios aos migrantes, inclusive um visto específico, temporário, em situação de acolhida humanitária, para pessoas que precisam fugir dos países de origem, e que não se enquadram na lei do refúgio.

Daremos continuidade ao estudo comentando sobre o direito eleitoral do estrangeiro.

4.1 O Direito de Voto do Estrangeiro

Uma das searas mais difundidas nos últimos tempos, sem dúvidas é o direito eleitoral e político, não só por seu complexo histórico, mas devido a sua efetividade na sociedade civil e jurídica³⁶. Todavia a Constituição Brasileira assegura os mesmos direitos e garantias para nacionais e aos estrangeiros. Entretanto, apenas os cidadãos brasileiros têm direitos políticos³⁷.

Já o autor Gorczewski reitera, que os homens devem ser livres para escolher sua forma de vida, seu governo e sua comunidade. Então, é no exercício de sua liberdade natural que o indivíduo participa para regular a sociedade por ele criada³⁸.

Logo, a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948, (DADDH, 1948) fundamenta no artigo XX, direito de sufrágio e participação no governo.

Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de

³⁶ LIMA SOUZA Pedro Henrique Mendes, TEBAR Wilton Boigues Corbalan. **O Sufrágio Universal e suas exposições ao direito comparado**. ETC. Encontro de Iniciação Científica. 2017. p.01.

³⁷ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4^a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. p.196

³⁸ GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos e participação política**. Vol. 4 (org.). Porto Alegre: imp. Livre, 2014. p. 117.

participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre³⁹.

De igual maneira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (DUDH, 1948) Fundamenta no artigo XXI, que:

Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos⁴⁰.

E mais, a Lei Internacional, disciplina no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP, 1966) fundamenta no artigo XXV que:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país⁴¹.

Percebemos conforme a referência, das legislações acima, nos principais documentos internacionais, é viável a participação dos indivíduos na vida política da sociedade. Esta se dá através de cidadãos ativos, participativos, inseridos e desempenhando seus direitos.

No Brasil o migrante tem o direito eleitoral limitado, pois não é assegurado esse direito constitucionalmente. Seguindo esta lógica,

³⁹ CIDH. **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos**. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁴⁰ DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁴¹ BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Institui o Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do592.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

podemos fazer uma análise comparativa com os países vizinhos do Mercosul, principalmente no fato de que a maioria já apresentou grandes avanços na garantia do direito ao voto para os imigrantes, com diferenças no que se refere ao tempo de residência e ao nível político-administrativo das eleições em que lhes é permitido participar. Cabe mencionar aqui que a Argentina, Bolívia e Paraguai permitem a participação política do imigrante residente. O Uruguai permite ao imigrante o exercício do voto pleno, ou seja, em todos os níveis de eleições, desde que, dentre outras exigências, seja residente há pelo menos 15 anos. A possibilidade de serem eleitos, contudo, permanece restrita aos cidadãos nacionais e naturalizados. Nas legislações da Argentina e do Paraguai, os estrangeiros, além de terem direito ao voto, também podem se candidatar a cargos eletivos na esfera municipal⁴².

Abordamos no capítulo anterior a participação dos imigrantes, na vida política dos países vizinhos do Mercosul a partir destas considerações é importante salientar que o País, vem buscando se adequar com os avanços e o processo político, como no caso de três PECS (Proposta de Emenda à Constituição). Abordaremos a seguir: Proposta de Emenda à Constituição n° 119/2011 (do Sr. Roberto Freire e Outros) Altera ao Art. 14 da Constituição Federal, para facultar a participação de estrangeiro domiciliado no Brasil nas eleições municipais.

Justificativa. Esta proposta altera os parágrafos 1º a 3º do art. 14 da Lei Maior para permitir que o estrangeiro – desde que domiciliado no Brasil – possa participar das eleições municipais da localidade onde mora, trabalha e paga normalmente seus impostos, votando e podendo ser votado. Ressalte-se que os cargos eletivos municipais têm caráter eminentemente administrativo local, não tendo a proposta nenhuma possibilidade de ferir a soberania nacional,

⁴² NASCIMENTO, Daniel Braga. PORTELLA Emily de Amarante. **Direitos Políticos dos Imigrantes no Brasil: Desafios e Perspectivas**: 2016. p.13.

como alguns poderiam supor. O estrangeiro que tem residência legal no País há pelo menos cinco anos demonstra ter criado vínculos com a sociedade brasileira, sendo absolutamente justo que se lhe faculte a participação nos pleitos locais como eleitor. Essas eleições são importantes para o julgamento e avaliação dos serviços públicos, aos quais os estrangeiros residentes no Brasil devem ter direitos plenos. Por outro lado, facultar ao estrangeiro que tenha a chamada “capacidade eleitoral ativa” para os residentes no território nacional há mais de dez anos é também um estímulo para a sua naturalização, que é a plena integração social e política à comunidade nacional. O PPS, em toda a sua história, tem defendido os direitos dos estrangeiros, reafirmando seu caráter internacionalista e condizente com a história do País, que tanto contou com a força do trabalho de imigrantes de diversos continentes. A nacionalidade brasileira é, portanto, uma nacionalidade multicultural, que sempre acolheu os estrangeiros e se beneficiou enormemente desse contato⁴³.

A Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJ) aprova PEC que permite voto de estrangeiros em eleições municipais proposta de emenda à Constituição, aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, altera os arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender a estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no país o direito a votar e se candidatar nas eleições municipais. A PEC 25/2012 é de autoria do senador licenciado Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP). O relator da matéria, senador Antônio Anastásia (PSDB-MG), observa que o estrangeiro, residente no Brasil e desenvolvendo atividade econômica no país, tem direito a participar da vida política, por estar inserido na sociedade brasileira⁴⁴.

⁴³ PROJETO DE LEI Nº 2010. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 119/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=202EC4055EC6CFD97F24F663DC025F97.proposicoesWebExterno2?codteor=947592&filename=PEC+119/2011. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁴⁴ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/201>. Acesso em: 03 jun. 2019. 133SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda Constitucional. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Ementa: Altera os artigos 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Explicação da Ementa: Altera o artigo 5º da Constituição Federal para estender a todo estrangeiro os direitos referentes aos brasileiros. Altera os artigos 12 e 14 para conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais⁴⁵.

Da mesma maneira, conforme PEC, 09/2019, (BRASIL), estrangeiro que mora no Brasil poderá ser candidato a vereador. A proposta de Emenda à Constituição (PEC 9/2019) de autoria do senador Álvaro Dias (Pode-PR) que permite que estrangeiros que vivem no Brasil possam ser candidatos a vereador e os autoriza a votar em eleições municipais, espera relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). A PEC altera o artigo 14 da Constituição federal para determinar que o alistamento eleitoral, o voto e a candidatura em eleições municipais serão facultativos aos estrangeiros domiciliados no Brasil. “O nosso Estado de Direito Democrático não pode permanecer indiferente à necessidade de dar voz e voto às grandes correntes migratórias que vêm viver sob sua jurisdição e se tornam pessoas de segunda classe por não poderem influenciar as decisões de políticas públicas que lhes dizem respeito e não terem nenhum tipo de poder para assegurar a atenção do governo relativamente às suas reivindicações. Também eles têm necessidades de habitação, saúde, educação e tudo isso se decide, em grande parte, nos pleitos municipais”, argumenta Álvaro Dias⁴⁶.

⁴⁵ SENADO FEDERAL. **Estrangeiro que mora no Brasil pode ser candidato a vereador**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/25/estrangeiro-que-mora-no-brasil-poderaser-candidato-a-vereador>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁶ SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à constituição nº 9, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135400>. Acesso em: 07 jun. 2019.

Ementa: dá nova redação aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 14 da Constituição Federal, para facultar a participação do estrangeiro domiciliado no Brasil em eleições municipais. Explicação da Ementa: Faculta aos estrangeiros domiciliados no Brasil a participação nas eleições municipais, tanto no que diz respeito ao direito de voto corno, ainda, no que se refere à possibilidade de concorrerem ao cargo de Vereador⁴⁷.

Os estrangeiros naturalizados brasileiros, maiores de 18 anos e menores de 70 anos, não só podem como também são obrigados a votar. Quem possuir a nacionalidade brasileira passa a usufruir dos mesmos direitos e deveres políticos dos brasileiros natos, adquirindo também a possibilidade de ser votado. Já os estrangeiros que dispõem do visto permanente, mas não são naturalizados, não podem votar, mesmo que residentes⁴⁸. A diferença entre brasileiro nato e naturalizado, segundo o artigo 12º da Constituição Federal de 1988.

I-natos:a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; II-naturalizados: os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais

⁴⁷ SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à constituição n° 9, de 2019**. Disponível em:<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135400>. Acesso em: 07 jun. 2019

⁴⁸ BRASIL. Eleições 2018. **Estrangeiro naturalizado brasileiro pode votar**. Disponível em: www.google.com.br/search?q=Eleições+2018.Estrangeiro+Naturizado+Brasileiro&oB=Eleições+2018.+Estrangeiro+Naturizado+Brasileiro&aqs=chrome.69j57.26o7j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 30 set. 2018.

de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira⁴⁹.

Elaboramos uma pesquisa sobre políticas públicas, por meio de questionários que faz parte de uma monografia em Direito, com o objetivo de saber sobre o interesse do Refugiados e o Imigrantes em participar da vida política do País, através do voto. Com as informações faremos uma análise de conhecimento de informações sobre o tema. Aos participantes foi dada a oportunidade de ler e esclarecer as dúvidas, e concordaram em participar espontaneamente. O benefício esperado com esta pesquisa é ajudar os imigrantes e os refugiados para adquirir conhecimentos das políticas pública no Brasil. Ficou evidenciado dificuldades para aplicar os questionários, alguns imigrantes não querem fornecer informações, apresentam desconfiança ou medo, ou ainda nos locais de apoio de serviços aos refugiados e imigrantes não é permitido coletar dados ou informações, devido ao sigilo de informação pessoais. Na cidade de Cachoeirinha/RS, foram aplicados seis questionários para imigrantes de origem venezuelanos.

Com base no resultado da discussão, assim podemos concluir, que foram aplicados o6 (seis) questionários aos imigrantes venezuelanos, abrigados na cidade de Cachoeirinha do Rio Grande do Sul, e que os imigrantes são: de diferentes faixas etárias; todos do gênero masculino; Estado civil, cinco solteiros e um casado; três têm filhos e três não têm filhos; Cinco estão desempregados e um está trabalhando; Grau de instrução ensino superior dois, e ensino médio quatro; três têm conhecimento que não podem ser eleitores no Brasil, e três não tem conhecimento que não podem ser eleitores no Brasil; Cinco têm interesse em participar das eleições no Brasil através do voto, e um não tem interesse de participar; através deste questionário,

⁴⁹ BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/const./con1988/con1988_12.07.2016/art_5_.asp. Acesso em: 30 set. 2018.

também podemos concluir que os imigrantes entrevistados possuem histórias de vida diferentes uns dos outros. Entretanto notamos que entre eles existem alguns pontos em comum, que vieram para o Brasil com a finalidade de conseguir uma nova oportunidade de vida; para estudar e pela facilidade de visto. Verificamos ainda que o tempo que eles chegaram ao País se diferencia, uns a mais tempo que os demais. Os imigrantes venezuelanos demonstraram interesse pelo tema pesquisado, e responderam ao questionário sempre com auxílio, pois apresentaram dificuldades de compreensão da escrita e fala em português, visto que sua língua falada e escrita é a castelhana (Espanhol)⁵⁰.

Considerações finais

A presente pesquisa teve como objetivo analisar e verificar a Legislação Internacional e Nacional vigente, se estas são suficientes para assegurar a proteção jurídica dos refugiados e imigrantes. Tal como, a efetividade das políticas públicas e o acesso ao voto dos refugiados imigrantes. Assim concluímos que as normativas e legislações que fundamentam a proteção internacional das pessoas refugiadas é a Convenção de Genebra de 1951 da ONU, e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. Através destes documentos é reconhecida a importância da cooperação mundial para enfrentar a situação de refúgio das pessoas que buscam proteção e segurança em outro Estado quando não oferecido no seu Estado Nacional, por motivos de perseguição, de raça, de religião, de nacionalidade, de pertencimento a um grupo social ou por opinião política.

No Brasil o Instituto do refúgio é fundamentado pela Lei 9.474 de 1997. a Lei é moderna frente a outros países. Porque a legislação brasileira reconhece como refugiado todas pessoas que buscam segurança diante de situações de grave e generalizada violação de direitos humanos. De modo geral, os refugiados e imigrantes que chegam ao País, buscam melhores

⁵⁰ Resultados de pesquisa, questionário aplicado aos imigrantes pela autora.

condições de vida através do trabalho. A maior dificuldade encontrada é a comunicação. Por isso, os legisladores e formuladores de políticas públicas e a sociedade brasileira devem estar preparados para receber estes indivíduos em situação de vulnerabilidade, promovendo o acolhimento, disponibilizando equipes de recepção, oferecendo cursos de aulas de português, que permitam sua inclusão dos indivíduos na sociedade, ofertando políticas públicas de acordo com suas necessidades básicas, como moradia, saúde, educação, assistência psicológica e jurídica, assim garantindo aos imigrantes os mesmos direitos do trabalhador brasileiro.

Além disso, a Lei de Migração n.º 13.445 de 2017, é uma legislação abrangente que define os direitos e os deveres do migrante no Brasil, regulando sua entrada e permanência, trazendo uma nova qualificação ao migrante, que antes era denominado estrangeiro, agora são imigrantes, e emigrantes. A Legislação é atual, mas, no entanto, ainda existem lacunas, haja vista que o imigrante tem seu direito ao voto limitado, pois para exercer direitos políticos precisa estar naturalizado.

Dessa forma, conclui-se que o voto é um direito humano fundamental, de exercer cidadania, previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, assim não respeitar este princípio é violar o direito do imigrante residente aqui. É preciso perquirir nos estudos, e pesquisa sobre este tema. Visto que todos têm direito de viver dignamente; de lutar na construção de um mundo melhor, através da efetivação dos direitos.

Referências

ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Agência da ONU Para Refugiados. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/português/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 31 maio. 2018.

ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-comemora-60-anos-da-convencao-de-1951-para-refugiados>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendorefugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf. Acesso em: 25 dez. 2018.

ANNONI, Danielle. **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR. (Cord.) 2018. Disponível em: http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/livro_DireitoInternacionaldosRefugiadosnoBrasil.pdf. p.548. Acesso em: 29 mar. 2019.

BAHTEN, Gustavo Luiz von. **O Voto de Estrangeiros nos Países do Cone Sul: Uma Análise do Direito Comparado**. Conjuntura Global, Curitiba, v.2, n.3, p.146-47, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/conjuntura-global/files/2013/04/O-voto-de-estrangeiros-nospa%C3%ADses-do-Cone-Sul-Uma-an%C3%A1lise-de-direito-comparado.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BARRETO, Luiz Paulo Teles. Refúgio no Brasil. **A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. Brasília: Ed. Atalaia Gráfica, 2010.

BRASIL. **Cidadania e Justiça. Confira as Principais Mudanças Trazidas pela Lei de Migração**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/confira-as-principais-mudancastrazidas-pela-lei-de-migracao>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Institui o Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do592.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Eleições 2018. **Estrangeiro Naturalizado Brasileiro pode votar**. Disponível em: www.google.com.br/search?q=Eleiçõess+2018.Estrangeiro+Naturizado+Brasileiro&oB=Eleiçõess+2018.+Estrangeiro+Naturizado+Brasileiro&aqs=chrome.69j57.2607j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 06 dez. 2019.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2010. **Proposta de Emenda à Constituição PEC 119/2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=202EC4055EC6CFD97F24F663DC025F97.proposicoesWebExterno2?codteor=947592&filename=PEC+119/2011. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. PORTAL CONSULAR. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil>. Acesso em: 30 dez. 2019.

DADDH. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

DAL MASO, Tarcísio Jardim. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.12, n.12. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. 2017.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos Humanos e Participação Política**. Vol. 4 (org.). Porto Alegre: imp. Livre, 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1ª ed. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 1991.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos refugiados**. In: GODOY, G.G. (Org.) *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2017. p.190. Disponível em: https://www.acnur.org/português/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAGiono-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-m%C3%A9tricas2010.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Orçamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Ed. Método, 2007. p. 80. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dosRefugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

LIMA SOUZA Pedro Henrique Mendes, TEBAR Wilton Boigues Corbalan. **O Sufrágio Universal e suas Exposições ao Direito Comparado**. ETC. Encontro de Iniciação Científica. 2017.

MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Daniel Braga. PORTELLA Emily de Amarante. **Direitos Políticos dos Migrantes no Brasil: Desafios e Perspectivas**: 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

POLÍCIA FEDERAL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/lei-de-migracao/impactos-da-nova-lei-de-imigracao-no13445-2017>. Acesso em: 07 mar. 2019.

POST, Carine Betine; PEREIRA, Gustavo de Lima. **Violência de Gênero no Contexto das Mulheres em Situação de Refúgio em Âmbito Internacional e Brasileiro**. In: DUTRA, C.F.; PEREIRA, G.L. (Org.). *Direitos Humanos e Xenofobia: Violência*

Internacional no Contexto dos Imigrantes e Refugiados. 1^a. ed. Curitiba: Ed. Prismas, 2017.

ROCHA, Aline Alves Borges. **Condição Jurídica do Estrangeiro no Brasil**. Disponível em: 13.445/2017.alinerocha1220.jusbrasil.com.br/artigos/560718340/a-condicao-juridica-doestrangeiro-lei-13445-2017. Acesso em: 20 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1^a.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

SCAGLIA, Geisa Santos. **Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009. 77f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, p.36. Disponível em: <http://siaibibo1.univali.br/pdf/Geisa%20Santos%20Scaglia.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

SENADO FEDERAL. **Estrangeiro que mora no Brasil pode ser candidato a vereador**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/25/estrangeiro-que-mora-no-brasil-poderaser-candidato-a-vereador>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à constituição n° 9, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135400>. Acesso em: 07 jun. 2019.

TRE.RR. **Tribunal Regional Eleitoral de Roraima**. Disponível em: <http://www.trerr.jus.br/imprensa/noticias-tre-rr/2018/setembro/tre-rr-esclarece-que-estrangeiros-nao-podem-votar>. Acesso em: 31 maio. 2019.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4^a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org