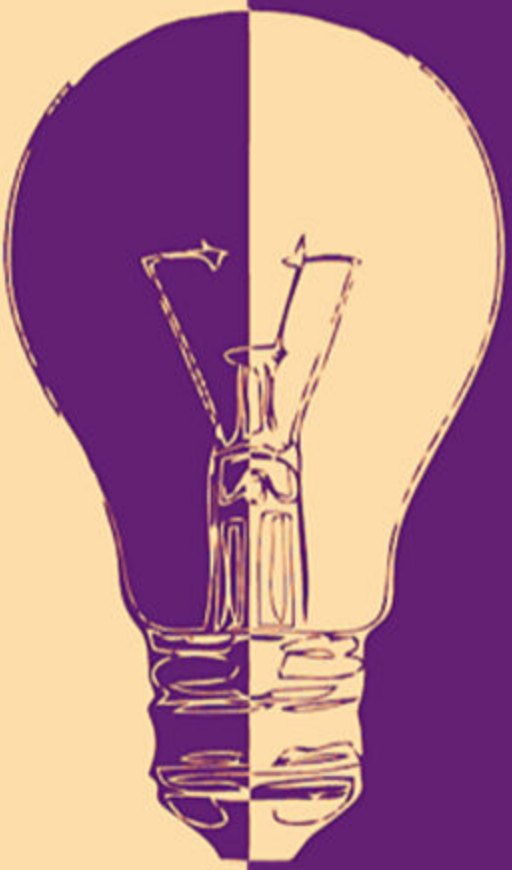
REVISTA AVANT



v. 1, n. 1

Revista Acadêmica AVANT

Revista da Graduação em Direito da UFSC



Revista Acadêmica AVANT

Revista da Graduação em Direito da UFSC

v. 1, n. 1
Florianópolis
2017

REVISTA ACADÊMICA AVANT – REVISTA DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFSC

Coordenadora Científica
Profª. Drª.: Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe
Marjorie Carvalho de Souza

Corpo Editorial
Aluana Chavegatto da Cunha e Silva, Barbara Joy Dutra Neves, Eduardo Xavier Costa Andrade, Fernanda Ruy e Silva, Gabriela Fernandes Sulzbach, Giulia Manccini, Júlia Bordin Mandelli Correa, Leonardo Freitas, Luiz Eduardo Dias Cardoso, Manoella Peixer Cipriani, Marjorie Carvalho de Souza, Vitória Emília Santiago Pastro.

Conselho Científico
André Soares Oliveira, Alexandre Morais da Rosa, Carolina Medeiros Bahia, Daniel Amaral Carnaúba, Edson Kiyoshi Nacata Junior, Gustavo Silveira Siqueira, José Rubens Morato Leite, Vera Regina Pereira de Andrade, Talden Queiroz Farias.

Pareceristas *ad-hoc*
Ademar Pozzatti Júnior, Alexandre Botelho, Amanda Muniz Oliveira, Ana Paula Rengel Gonçalves, André Soares Oliveira, Caetano Dias Correa, Camila Damasceno, Carolina Medeiros Bahia, Daiane Sandra Tramontini, Eduardo Carvalho Rego, Felipe de Farias Ramos, Fernanda Martins, Gislaine Paula Borges da Silva, Grazielly Alessandra Baggenstoss, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, Heloísa Gomes Medeiros, Isabella Cristina Lunelli, Josiane Rose Petry Veronese, Leilane Serratini Grubba, Luana Renostro Heinen, Lucas Carlos Lima, Luciana Faísca Nahas, Macell Cunha Leitão, Maeve Rocha Diehl, Marcelo Mayora Alves, Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier, Paula Galbiatti Silveira, Reinaldo Pereira e Silva, Renata Rodrigues Ramos, Rogério Duarte da Silva, Sandra Regina Leal, Thaís Dalla Corte.

Capa e Ilustrações de abertura
Eduardo Xavier Costa Andrade

Projeto Gráfico e Diagramação
Aluana Chavegatto da Cunha e Silva, Fernanda Ruy e Silva, Gabriela Fernandes Sulzbach, Manoella Peixer Cipriani, Marjorie Carvalho de Souza e Vitória Emilia Santiago Pastro.

http://revistaavant.paginas.ufsc.br -- revistaavant.ufsc@gmail.com

SUMÁRIO

Editorial 9

Cultura: Poema 12

E ELA?
Camilo Fabris 13

Cultura: Resenha 16

HISTÓRIAS DE VIDA: OS PROCURADORES-GERAIS
Felipe Vilson Serino 17

Práticas de extensão universitária 26

CAOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: A ACADEMIA COMO MEIO DE GARANTIA DE DIREITOS AOS APENADOS
Gabriela Consolaro Nabozny 27

PRÁTICAS DE ATENDIMENTO E ESTUDOS ATINENTES À POPULAÇÃO MIGRANTE: A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE APOIO AOS IMIGRANTES E REFUGIADOS (NAIR)
Jessica Kindlein Angioletti 31

Academia: Artigos 34

A PUBLICIDADE INFANTIL SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Ana Luísa Sevegnani e Alexandre Figueredo Miranda 35

A SUBMISSÃO DOS FILHOS À PATRIA PROTESTAS NA FAMÍLIA ROMANA
Bruna Medeiros das Neves 57

A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O MONITORAMENTO DE COMUNICAÇÕES PRIVADAS: O CASO DO E-MAIL EM AMBIENTE CORPORATIVO
Anna Mariah Araújo de Souza 85

ASSÉDIO SEXUAL: CONCEITOS, LEGISLAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EM SANTA CATARINA
Jessyka Zanella Costa, Marina Barcelos de Oliveira 107

CONTRATO DE REDE DE EMPRESAS: UMA ALTERNATIVA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Eduardo Moretti 127

CONTROLE JUDICIAL DA APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS
Gustavo Knaesel Hoffmann 141

DIREITO E LITERATURA: PONTOS DE INTERSECÇÃO E POSSIBILIDADES PEDAGÓGICAS
Ana Carolina Rodrigues Dutra 181

JUSTIÇA SEGUNDO RAWLS: UMA ANÁLISE DO CONTO HARRISON BERGERON
Bruna Costa Valença, Gabriela Marques e Thais Becker Henriques da Silveira 195

O AUDITÓRIO UNIVERSAL DE CHAÎIM PERELMAN COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE
Eduardo Xavier Costa Andrade 207

O DIREITO À CONTINUIDADE AO PROCESSO TRANSSEXUALIZADOR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS FRENTE À DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE
Débora Augusto Franco e Edinelson Junior Pereira 225

O HUMANISMO E O DIREITO À VIDA: UMA ANÁLISE FILOSÓFICA E SOCIOLÓGICA DA ADI 3510
Caio César Brás Gontijo Lese e Raphael Ferreira Lopez 245

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
Cleiton Henning da Fonseca 263

PROFESSOR INTELECTUAL: O ASPECTO VOLITIVO EM UMA PROPOSTA DE REFORMA MOLECULAR PARA O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL
Marjorie Carvalho de Souza 291

Academia: Resumo informativo de monografia 309

ICMS ecológico: para um país mais verde
João José Leitão Filho, Luana Tomaz da Rocha Martins e Lucas André Piccoli 311

Editorial

A Revista Avant é uma publicação criada pelos discentes do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina com o objetivo de fomentar a pesquisa desde as primeiras fases do curso para uma produção científica qualificada e consistente. Sua linha editorial possui perfil interdisciplinar, tendo como eixo o Direito. Para que sua missão seja cumprida a contento, são aceitos trabalhos de alunos da graduação e de egressos que não possuam pós-graduação. Valorizam-se a solidez do conteúdo, a abordagem de ideias inovadoras e a capacidade dos autores em tangenciarem diversas áreas do conhecimento.

Na trilha de relevantes projetos criados na UFSC, as atividades da Avant estão delineadas na tríade ensino, pesquisa e extensão, de modo a percorrer as ricas veredas de publicações à disposição em nossa universidade, ocupando um novo espaço dentro do Centro de Ciências Jurídicas. A edição da revista demandou um importante esforço, que precisa ser destacado nesta apresentação.

Há três anos - reunidos pela primeira vez e capitaneados pela acadêmica Júlia Bordin Mandelli Correa -, tínhamos em mente a criação de uma plataforma de comunicação escrita que pudesse despertar nos alunos as oportunidades provenientes de pesquisas bem feitas. Foi nisso que apostamos. Consideramos que a mera reprodução de conteúdos pode ser substituída pelo pensamento crítico e por textos originais. Nosso foco foi o de conceber um projeto que pudesse ser perene e aproveitado pelos estudantes mesmo depois de nos tornarmos também egressos.

Assim, criar uma revista acadêmica desde o ponto zero foi desafiador e enriquecedor. Definido o nome, que remete à vanguarda, e o público alvo, buscamos pessoas que pudessem juntar-se a nós – alunos e professores -, elaboramos as regras estatutárias, a identidade visual e, finalmente, o edital. Muita gente veio e se foi. Somos gratos por todas as críticas recebidas, sempre construtivas. O aprendizado foi incomensurável e a Avant ganhou cara própria.

Por falar em identidade, nossa marca é formada pela lâmpada, cuja imagem tem servido no decorrer dos tempos como representação para um momento de clareza e criatividade. A Revista Avant lançou mão de tal símbolo, que, somado às cores contrastantes

que o tingem, como a moldarem a contraposição de idéias, tese a antítese, pode conformar a síntese.

Acreditamos que esse propósito tenha sido assimilado pelos acadêmicos da UFSC, uma vez que, para nossa satisfação, recebemos um bom número de artigos após a abertura do primeiro edital, ano passado. Neste ponto, o processo de seleção dos trabalhos é conduzido pelo corpo editorial, com posterior avaliação dos pareceristas, que podem sugerir aperfeiçoamentos e modificações necessárias.

Além disso, entendemos que não só a pesquisa escrita, mas também o debate público, compõem a miscelânia da academia brasileira. Todas as edições serão lançadas em eventos abertos à comunidade em que algum tema de interesse geral será abordado por professores e profissionais da área. Esta será nossa ferramenta para aproximar a população da universidade e colaborar com as transformações sociais, por meio de difusão do conhecimento para outros públicos, com a função de promover a cidadania.

Agradecemos, ainda, à professora Carolina Bahia por ter aceitado assumir o cargo de coordenação na Revista. Seus conselhos foram primorosos e, se hoje a Avant é realidade, deve-se muito à competência do seu trabalho.

Por fim, este primeiro número está dividido em três categorias: Cultura (com um poema e uma resenha de livro), Práticas de Extensão Unviversitária (com a apresentação de dois projetos do curso de Direito da UFSC) e Academia (com 13 artigos científicos e um resumo informativo de monografia). Diante desse material, acreditamos ter cumprido com louvor o propósito de dar visibilidade à produção cultural e acadêmica da Graduação em Direito da UFSC e promover um diálogo com outras instituições de ensino. Desejamos a todos uma excelente leitura!

Corpo Editorial

REVISTA AVANT



POEMA

E ELA?

Camilo Fabris[*]

Vem leve a lei que canta
E emudece o *sinhô*
Que o peso da manta
Lança e ouve: "*mas doutô!*"

A lei, se justa, encanta
E injusta? É *caô*!
Se injusta desencanta
Justa consola a *dô*.

[*] Acadêmico de Direito no Instituto Federal do Paraná (IFPR), câmpus Palmas.

Vive, revive e vela
Vênia venial venera
E venturosa revela...

Que o mundo é uma cela
E moroso lá espera
— Su'Excelência, e ela?

CULTURA





RESENHA DE LIVRO

RESENHA DO LIVRO HISTÓRIAS DE VIDA: OS PROCURADORES-GERAIS

Felipe Vilson Serino[*]

AXT, Gunther (org). **Histórias de Vida:** os Procuradores-Gerais. Florianópolis: PGJ. CEAF, 2011.

A obra, elaborada pelo Projeto Memorial do Ministério Público de Santa Catarina (iniciado em 2010 através do "Programa de História Oral"), organizada pelo Historiador Gunter Axt[1], é o primeiro volume da série *Histórias de Vida*, da qual são extraídos relatos, experiências, trajetórias e narrativas dos membros que ocuparam a Procuradoria-Geral do Ministério Público de Santa Catarina – bem como de seus servidores – que, por meio de lutas, desafios e uma vida de trabalho, edificaram a Instituição conhecida hoje. Esta obra conta com dez depoimentos, sendo um do funcionário mais antigo da Instituição e nove de ex-Procuradores-Gerais do Ministério Público Santa Catarina – além de uma introdução de Gercino Gerson Gomes Neto; Palavra da Coordenação de Gustavo Viviani de Souza e introdução de Gunter Axt.

Embora história e memória não sejam sinônimos, o Memorial do Ministério Público de Santa Catarina procura articular essas duas dimensões, produzindo uma abordagem contextual dos relatos presentes no livro; afastando-se, dessa maneira, de paixões e de individualizações, e preocupando-se, sobretudo, com a narrativa da história da Instituição. Com isso, debruçando-se sobre a questão do patrimônio cultural, o Ministério Público – de forma singular – é capaz de dialogar com a sociedade e, ainda, prestar serviços ao entorno comunitário, articulando, dessa forma, história, memória e patrimônio. Dessa maneira, o Memorial do Ministério Público de Santa Catarina, procura perpetuar e preservar a história da Instituição e, além disso, estender esse conhecimento à sociedade através de exposições, publicações e atividades culturais. A formação de um acervo documental – embora não seja apenas esse o objetivo do Memorial –, adquirido por meio da história oral, é mérito do Memorial e característica intrínseca da presente obra.

---

[*] Acadêmico da terceira fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

[1] Doutor em História Social pela USP (2001), pós-doutor pelo CPDOC/FGV, pesquisador colaborador do Diversitas/USP e consultor no Ministério Público de Santa Catarina.

Na introdução, embora o organizador deixe claro que o compromisso pela busca da verdade é desejo de Promotores, Juízes e Historiadores, discorre, porém, sobre a dificuldade do Historiador em descobrir e analisar uma verdade, podendo um outro olhar sobre os fatos ou um novo referencial teórico oferecer uma nova perspectiva sobre os fatos e, por conseguinte, versões diferentes sobre determinado evento. Conclui, portanto, que "A narrativa histórica é um eterno devir".

Citando a "História Viva" do filósofo italiano Benedeto Croce, o organizador explica que a história, por não ser facciosa, possibilita o acesso ao maior número possível de versões; propiciando, portanto, uma diversidade de discursos e pontos de vistas e que, por meio destas divergências, se constrói a coesão necessária e desejável para aproximar-se da verdade. É nesse sentido que os relatos dos entrevistados nessa obra são analisados, proporcionando, dessa maneira, através da história oral, – comumente utilizada para a produção do conhecimento histórico –, a narrativa da história da Instituição. Esse recurso metodológico – a história oral –, além de angariar acervo documental e funcionar como acervo de pesquisa, possibilita, ainda, analisar diferentes versões e interpretações sobre a história em suas múltiplas dimensões, podendo, com isso, através da observação dos depoimentos coletados, identificar e construir novas evidências.

Ainda na introdução, são expostas as más condições infraestruturais e as limitações das condições materiais do Ministério Público catarinense antes dos anos 1980. A falta de estrutura e a precariedade, principalmente das comarcas do Estado, bem como os baixos salários, a dificuldade de locomoção e a pouca disponibilidade de moradia dificultava, sobretudo no interior, o trabalho dos promotores – essas dificuldades são um ponto em comum no discurso da maioria dos entrevistados. Essas características compõem o quadro do Ministério Público de Santa Catarina anteriormente às atribuições estabelecidas pela Constituição de 1988.

Os avanços e as conquistas do Ministério Público ganharam forma na década de 1980, na qual a Instituição ganhou autonomia financeira e administrativa, bem como plano de carreira próprio. Além disso, atribuiu-se ao Ministério Público, em 1985, a responsabilidade relacionada à defesa do patrimônio histórico e paisagístico, do meio ambiente, do deficiente, do consumidor, dos direitos constitucionais do cidadão etc. Após a Constituição de 1988, o Ministério Público foi "erigido quase como um quarto poder" (AXT,

2011, p.18) tornando-se mais independente com relação às outras instâncias de poder; promoções e remoções influenciadas por articulação política – fato comum antes da década de 1980 – deixaram gradualmente de existir. Ademais, na década de 1990 os chamados direitos indisponíveis ganharam respaldo, criando-se, com isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor, o Código do Meio Ambiente etc. Todos os entrevistados destacam a evolução, consolidação e as conquistas do Ministério Público de Santa Catarina após a década de 1980, além de discorrerem acerca dos desafios para o futuro e os problemas do presente. Os relatos presentes neste livro são de enorme relevância para a compreensão da história da Instituição, bem como para novas gerações que ingressarão no Ministério Público de Santa Catarina. Através dos relatos dos ex-Chefes do Ministério Público Catarinense, é possível entender como a Instituição se tornou o que é hoje e, ainda, quais os atuais problemas e desafios futuros da mesma.

Perguntas como: *De onde o senhor é natural?; Como surgiu a opção pelo Direito?; Quais foram os casos que mais o marcaram na sua trajetória?; Como surgiu a opção pelo Ministério Público?; Como é que o senhor percebe toda essa transformação pela qual passou o Ministério Público?,* são comumente feitas pelo Memorial do Ministério Público de Santa Catarina aos entrevistados. As respostas nos mostram as mais diferentes percepções e vivências sobre a Instituição, compondo, dessa maneira, um quadro rico de experiências sobre a sua história e, por conseguinte, das mais diversas regiões de Santa Catarina.

A primeira entrevista da obra é com Hélio Rosa, Procurador-Geral do Estado entre 1967 e 1971, nomeado pelo então governador Ivo Silveira – do qual era compadre. Nasceu em 1920 na cidade de Florianópolis, cursou a Faculdade de Direito e se formou em 1943. Foi promotor nas Comarcas de Urussanga, Palhoça, na qual permaneceu de 1945 a 1952, São Francisco do Sul em 1952 e Itajaí em 1956. Ressalta-se, em sua entrevista, a precariedade do Ministério Público naquela época, havia cerca de quarenta promotores em todo o Ministério Público e a comunicação entre o Procurador-Geral e os Promotores se dava somente nas férias, segundo o entrevistado o Ministério Público de Santa Catarina "Não tinha essa projeção de hoje, não tinha nenhuma complexidade...". Na sua gestão o entrevistado participou, ainda, de um dos primeiros congressos nacionais do Ministério Público, no Rio de Janeiro.

A segunda Entrevista é com José Daura, Procurador-Geral do Estado entre 1971 e 1975. Nasceu em 17 de março de 1921 na cidade de Florianópolis e formou-se em direito em 1945. Ingressou no Ministério Público em 1947, indicado pelo Governador do Estado, passou pelas Comarcas de Araranguá, Chapecó e Lages até se tornar Procurador-Geral. O entrevistado salienta as fragilidades estruturais das comarcas nas quais trabalhou, ressaltando que o fórum se encontrava numa sala emprestada pela prefeitura em Araranguá. Ressalta-se, também, a diferença entre o Oeste e o Litoral, destacando-se uma maior concentração de homicídios no Oeste catarinense – houve inclusive um caso de linchamento em Chapecó –, enquanto no litoral predominava o furto, roubo e lesão. Questionado sobre como vê o Ministério Público hoje em dia, o entrevistado responde: "Um baluarte. Na contingência atual, uma esperança".

A terceira entrevista é com João Carlos Kurtz, Procurador-Geral de Justiça por diversas vezes, a primeira de 1979 a 1982, a segunda de 1982 a 1987 e, por fim, de 1991 a 1995. Nasceu em 17 de fevereiro de 1944, em Caçador, Santa Catarina, formou-se em Direito em 1968. Foi Promotor nas comarcas de Tangará, Palmitos, Anita Garibaldi, Guaramirim, São José e Chapecó. Destaca-se no relato a truculência do AI-5, editado em 1968, na época em que o entrevistado era ainda estudante de Direito em Porto Alegre. De volta à Santa Catarina, como Promotor, o entrevistado explica a dificuldade e precariedade nas comarcas pelas quais passou, não tendo, muitas vezes, moradia. Já como Procurador-Geral de Justiça, salienta a independência do Ministério Público de Santa Catarina na década de 1980, inicialmente com a lei nº 40 de 1981 na qual, segundo o entrevistado "Ali ganhou forma esse Ministério Público de hoje, que se envolve na proteção ao meio ambiente, na defesa do consumidor, afeiçoado à sociedade". Foi também em sua gestão que foi criado o DECOM – Serviço Especial de Defesa Comunitária. Este foi apresentado para todo o Brasil.

Segue-se a entrevista com João José Leal, Procurador-Geral de Justiça de Março a junho de 1987. Nasceu em 14 de agosto de 1941 na cidade de Tijucas, Santa Catarina, formou-se em Direito em 1967. Foi Promotor nas comarcas de Palmitos, Joaçaba e Brusque. Pontua-se em sua entrevista a repressão da ditadura militar, na qual o entrevistado foi preso, por meio dia, por conta do trote dos calouros da Universidade. Destaca-se, ainda, a diferença entre o Oeste e o Litoral: "Enfim, assim funcionavam as comunicações entre o Extremo Oeste e o litoral: a distância era geográfica, material e cultural". Explica que a sua

curta passagem pela chefia do Ministério Público de Santa Catarina foi por conta da forte oposição, fazendo com que o entrevistado pedisse exoneração e voltasse à Comarca de Brusque, na qual já estava habituado.

A quinta entrevista da obra se dá com Hipólito Luiz Piazza, Procurador-Geral de Justiça no período entre 1987 e 1991. Nasceu em Florianópolis em 1937 e formou-se em Direito em 1965. Foi Promotor nas Comarcas de Maravilha, Capinzal, Xaxim, Trombudo Central, Itaiópolis, Ituporanga, São Francisco do Sul, Lages e Florianópolis. Em Capinzal, o entrevistado relata a primeira perícia com exumação de corpo realizada, caso que ensejou um livro escrito por ele de nome "A Prostituta Inocente". O entrevistado exalta sua luta pela isonomia da Instituição, segundo ele, na época de sua gestão, a lei estava apenas no papel e não na prática de fato. No entanto, destaca-se a forte oposição à sua gestão.

Segue-se a entrevista com Moacyr de Moraes Lima Filho, Procurador-Geral de Justiça no período entre 1995 e 1999. Nasceu em Florianópolis em 1946 e formou-se em Direito em 1969. Foi Promotor nas Comarcas de Itajaí, Itaiópolis, Xanxerê, São Francisco do Sul, Chapecó, Criciúma e Florianópolis. O entrevistado destaca em sua gestão a atuação na instauração de um inquérito civil para apurar a situação da infância e da juventude em todo o estado, além da luta em preservar e manter a isonomia da Instituição. Ademais, o entrevistado destaca a importância de manter as conquistas alcançadas pela Instituição.

A sétima entrevista é com José Galvani Alberton, Procurador-Geral de Justiça no período entre 1999 e 2003. Nasceu em 1947 em Orleans e formou-se em Direito em 1972. Foi Promotor nas Comarcas de São José, Itapiranga, Santo Amaro da Imperatriz, Capinzal, Palmitos, Caçador e Criciúma. O entrevistado salienta sua participação na criação do DECOM. Já na sua gestão como Procurador-Geral de Justiça, destacam-se diversos programas, como o de preservação de mananciais, tratamento de lixo, combate à sonegação, proteção aos consumidores de produtos de origem animal, combate à evasão escolar, combate ao crime organizado, combate a delitos ambientais etc. Por fim, o entrevistado enaltece a importância dos registros feitos e ressalta que "A História é uma espécie de suporte para o mundo".

Segue-se a entrevista com Pedro Sérgio Steil, Procurador-Geral de Justiça no período entre 2003 e 2007. Nasceu em 1953 em Lages e formou-se em Direito em 1977. Foi Promotor nas Comarcas de São Lourenço do Oeste, Joinville, Urubici, Trombudo Central,

Itaiópolis, Indaial, São Joaquim, Jaraguá do Sul e Chapecó. Destaca-se em seu depoimento a oposição feita na época da gestão do Procurador-Geral de Justiça Hipólito Luiz Piazza. Além disso, é criticado pelo entrevistado o sistema penal brasileiro, do qual, segundo ele, só sai impune quem tiver poder econômico. Com relação à sua gestão, o entrevistado destaca a importância de uma boa equipe para o sucesso e a valorização das promotorias, destacando o investimento nestas em sua gestão.

A nona entrevista da obra se dá com Gercino Gerson Gomes Neto, Procurador-Geral de Justiça no período entre 2007 e 2011. Nasceu em 1961 em Blumenau e formou-se em Direito em 1983. Foi Promotor nas Comarcas de Rio do Sul, São Domingos, Dionísio Cerqueira, Santa Cecília, Taió, Porto União, Balneário Camboriú e Blumenau. Anteriormente a sua gestão, destaca-se suas atividades na área de infância e da juventude, fazendo com o que o Ministério Público Catarinense ganhasse em 1999 o Prêmio Sócio-Educando, outorgado pela UNICEF e inúmeras entidades nacionais. Destaca, em sua gestão, a maior participação dos Promotores na administração, bem como a ampliação do quadro de servidores e o combate às organizações criminosas.

Por fim, segue-se a entrevista com Nery José Pedro – funcionário mais antigo da Instituição. Nascido em 1943 em Florianópolis, ingressou no Ministério Público em 1966, na função de datilógrafo. Nery participou de diversas funções no Ministério Público de Santa Catarina, foi Diretor de Serviços da Administração, chefe de gabinete, Agente Administrativo Auxiliar, Coordenador de Apoio aos Órgãos de Execução da Instituição etc. Segundo ele, até 1971, o Ministério Público de Santa Catarina era uma Instituição pouco reconhecida. Ademais, salienta que a sede da Procuradoria-Geral funcionava junto ao Tribunal de Justiça até o ano de 1961, posteriormente a sede passou para uma casa situada no nº 3 da Rua Artista Bittencourt e em 1968 mudou-se para a área da antiga concessionária Ford. Em 1972 mudou-se para a Rua General Bittencourt nº 13, na esquina com a Rua Anita Garibaldi, passando em 1983 para um imóvel na praça XV de novembro e, em 1983, para a Rua Hercílio Luz. Em 1990 muda-se para Rua Felipe Schmidt e, finalmente, se instala em 1995 na sua sede atual na Rua Bocaiúva nº 1750. Além disso, Nery comenta o episódio da prisão do cantor Gilberto Gil em Florianópolis e sua repercussão. O entrevistado mostra todo seu reconhecimento e carinho pela Instituição.

A leitura da obra *Histórias de Vida: Os Procuradores-Gerais*, iniciativa do Memorial do Ministério Público de Santa Catarina, além de aproximar o cidadão do Ministério Público, possibilita o encontro da Instituição com o seu passado através dos relatos dos ex-chefes do Ministério Público de Santa Catarina coletados no âmbito do Programa de História Oral. As lutas pela consolidação de uma Instituição independente e defensora da cidadania é o objetivo de todas as gestões aqui observadas. Este livro é uma homenagem à história da Instituição, é da mesma maneira, um gesto de reconhecimento aos membros que fizeram parte dela.

PRÁTICAS JURÍDICAS E UNIVERSITÁRIAS





COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE EXTENSÃO

CAOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: A ACADEMIA COMO MEIO DE GARANTIA DE DIREITOS AOS APENADOS

Gabriela Consolaro Nabozny[*]

Nome do projeto: Núcleo de Execução Penal da UFSC (NEPen).

Local em que ocorre: Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Quando ocorre: desde abril/2015, as reuniões ocorrem semanalmente e, em outras ocasiões, acontecem encontros com propósitos diversos, a exemplo de visitas às unidades prisionais.

Participantes: média de 20 alunos ativos em cada semestre.

1 Objetivos

O Núcleo de Execução Penal surgiu em abril de 2015, como uma parceria entre alunos de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e o setor de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

Dessa forma, o objetivo principal do Núcleo é fomentar na academia a preocupação com o sistema penitenciário brasileiro, que faz parte do universo jurídico, mas não é abordado com a devida atenção nas salas de aula e projetos de extensão.

Nesse mesmo sentido, tem-se um dos fatores que contribuiu para o surgimento da ideia de criação do projeto: a não abordagem da execução penal no currículo do curso, nem mesmo como disciplina complementar da grade obrigatória. Devido a isso, o assunto, que é de suma importância, é lecionado junto à disciplina de Processo Penal, que também conta com outros inúmeros pontos essenciais à formação jurídica. Na Universidade Federal de Santa Catarina, portanto, é comum ao aluno de Direito graduar-

[*] Acadêmica do quarto ano de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina e estagiária na Defensoria Pública de Santa Catarina em Florianópolis.

se sem ao menos conhecer as noções básicas dos desdobramentos processuais que ocorrem após a sentença criminal.

Inicialmente, então, os propósitos do projeto eram suprir essa carência e, de alguma forma, auxiliar e estudar as demandas do sistema penitenciário. Por meio de análises sobre quais ações seriam viáveis e eficientes para que se consolidasse essa iniciativa, concluiu-se que seria possível a produção de peças para a concessão de benefícios aos apenados de Florianópolis, conforme previsto na Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal (LEP). Além de, também, fomentar a realização de estudos sobre os principais tópicos da matéria e, ainda, efetuar visitas às unidades prisionais da cidade.

Sendo assim, o grupo surgiu como uma alternativa aos alunos que se interessam pela Execução Penal e desejam o aprofundamento no assunto.

2 Método de Atuação

Para que os objetivos traçados sejam atingidos, as atividades se dão em duas frentes principais: atuação prática (com reuniões para produção de peças e posterior protocolo destas, visitas às unidades prisionais, além de eventos organizados para aumentar a visibilidade da matéria na comunidade acadêmica) e estudo propriamente dito (por meio de seminários e reuniões em que são corrigidas as petições).

A fim de exercer a atuação prática de uma maneira acessível aos estudantes de todas as fases do curso, o NEPen adota um método horizontal de produção de peças. De modo que os próprios integrantes do grupo se reúnem em duplas e se tornam responsáveis por uma "oficina" (como é chamada a reunião de construção de petições, que acontece semanalmente).

Desse modo, os alunos que já tem alguma experiência na área podem auxiliar os menos experientes, com a supervisão, se necessário, da Defensora Pública que acompanha a atuação do grupo - indicando os Processos de Execução Criminal a serem trabalhados, bem como corrigindo e protocolando as petições, que são assinadas também pelo Núcleo de Execução Penal (além da própria Defensora).

Já com o objetivo de os integrantes adquirirem conhecimento na área de execução penal também por meio do estudo dos conceitos e das teorias que permeiam a matéria, são realizados seminários mensais.

Os temas tratados são escolhidos conforme o grupo percebe a necessidade de aprofundar algum ponto abordado durante os encontros ou segundo a indicação de professor/profissional da área. Dessa maneira, são indicados alguns textos teóricos e jurisprudências dos tribunais pátrios para que se viabilize a discussão entre os alunos. Após a leitura e estudo, divididos entre os participantes do grupo, o tema é apresentado e discutido na última reunião do mês, a fim de que se exponha o conteúdo, mas também seja possível o debate das ideias e opiniões surgidas durante a preparação.

3 Conselho da Comunidade

Devido à experiência adquirida pelos membros, tornou-se viável a participação em outros projetos que permeiam o tema e a prática da Execução Penal.

Sendo assim, aos integrantes do NEPen foi permitida a participação como voluntários no Conselho da Comunidade de Florianópolis. Esse órgão, cuja existência é prevista no art. 61 da Lei de Execução Penal[1], deve atuar em cada comarca para visitar os estabelecimentos penais, entrevistar as pessoas presas e apresentar relatórios ao Juízo da Execução Penal e Conselho Penitenciário, a fim de obter recursos materiais e humanos para a melhor assistência aos apenados, conforme o art. 81[2] do mesmo regulamento.

Assim sendo, além de estreitar os vínculos com outros grupos que também objetivam alcançar melhorias ao sistema carcerário, os participantes podem visitar periodicamente as instalações das instituições prisionais, conhecendo a realidade cruel que é vivida diariamente pelos apenados. Ainda, torna-se possível buscar outros meios de obtenção de subterfúgios para que os direitos previstos pela LEP possam ser efetivos.

[1] Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade; VIII - a Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

[2] Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade: I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II - entrevistar presos; III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

4 Aspirações

O Núcleo de Execução Penal é um grupo formado recentemente, mas que já obteve resultados muito efetivos, como o deferimento de 100% dos pedidos realizados até então. Esses, somados, representam em média 30 apenados que obtiveram a extinção da pena por meio dos pedidos de indulto produzidos pelos integrantes, com o auxílio da Defensora Pública responsável pela Execução Penal em Florianópolis/SC. Além de que também foram construídos uma revisão criminal e pedidos de extinção de medida de segurança.

Sendo assim, a expectativa é que o projeto se solidifique ao longo dos próximos semestres, a fim de obter à Execução Penal a visibilidade necessária dentro da Universidade. E, dessa forma, que outros aspectos da vida dos apenados possam, também, ter auxílio acadêmico para a obtenção de benefícios.

Com a ajuda, inclusive, de estudantes de outros cursos universitários, tais como Psicologia, Ciências Sociais, Letras, Medicina, dentre tantos outros que podem, de alguma forma, fazer com que a realidade do cárcere se aproxime da, aparentemente utópica, função de ressocialização da pena. Mas, enquanto isso, com menção à Galeano, seguimos caminhando em direção a esse horizonte que parece inalcançável, mas, com a perpetuação de práticas como as realizadas pelo NEPen, torna-se um pouco mais próximo.

PRÁTICAS DE ATENDIMENTO E ESTUDOS ATINENTES À POPULAÇÃO MIGRANTE: A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE APOIO AOS IMIGRANTES E REFUGIADOS (NAIR)

Jessica Kindlein Angioletti[*]

O Núcleo de Apoio aos Imigrantes e Refugiados (NAIR) é uma atividade promovida pelo EIRENÈ, Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional vinculado aos cursos de Direito e Relações Internacionais na UFSC. O trabalho desenvolvido pelos estudantes do EIRENÈ no atendimento de migrantes e refugiados é viabilizado pelo NAIR em parceria com a Pastoral do Migrante de Florianópolis. É uma oportunidade de atuar diretamente conectado às repercussões práticas das políticas e necessidades migratórias no Brasil.

A Pastoral do Migrante é a instituição referência na orientação e acolhimento dos Migrantes na região da grande Florianópolis em uma grande variedade de temas e solicitações.

O público majoritário, que recebe atendimento pela equipe da Pastoral e pelos estudantes do EIRENÈ na sede da referida instituição, é da nacionalidade Haitiana. Mas há ainda demanda advinda de países do Mercosul, Síria, Senegal, Angola, Congo, Gana, entre outros.

No âmbito das atividades desempenhadas, primeiramente executa-se uma triagem. A seguir, são indicados os expedientes necessários de acordo com as respectivas solicitações. O auxílio nos trâmites consulares dos Haitianos constitui a atividade prioritária na atualidade do cotidiano dos estudantes extensionistas do NAIR.

Em 2015, foram concedidas pelos ministérios do Trabalho e Previdência Social (MTPS) e da Justiça mais de 40 mil autorizações de residência para imigrantes haitianos. Essa concessão para expedição do visto de residência permanente é fundamental uma vez que proporciona uma perspectiva definitiva para que estas pessoas possam aqui residir e fazer jus à todos os direitos que um estrangeiro tem no Brasil.

Além do auxílio nos trâmites de emissão da Certidão Consular bem como de renovação de Passaporte e auxílio nos pedidos de Reunião Familiar, os estudantes que participam desta atividade de extensão auxiliam os migrantes igualmente com o agendamento e a orientação quanto à necessidade de apresentação diante da Polícia Federal.

[*] Graduanda da 9ª fase de Direito na UFSC. Extensionista do Núcleo de Apoio aos Imigrantes e Refugiados (NAIR) desde abril de 2016.

De maneira suplementar, proporciona-se ainda a confecção de currículos aos migrantes e a articulação de oportunidades de emprego na região.

Os Fóruns Interinstitucionais GTI (Grupo de Trabalho do Imigrante) na ALESC (Assembleia Legislativa de Santa Catarina) e GAIRF (Grupo de Apoio a Imigrantes e Refugiados em Florianópolis) nos quais o NAIR é integrante, oferecem aos estudantes extensionistas que neles participam e uma experiência próxima da articulação de políticas públicas na matéria.

Por fim, a participação neste projeto de extensão faz dos estudantes a ele vinculados sobretudo agentes catalisadores da promoção da integração dos migrantes no Brasil, a medida que os capacita no atendimento das demandas prioritárias desta população e abre portas para a investigação acadêmica dos sistemas e problemas vinculados à temática.

ACADEMIA





ARTIGOS

A PUBLICIDADE INFANTIL SOB A ÓTICA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE[1]

Ana Luísa Sevegnani [*]
Alexandre Figueredo Miranda [**]

Resumo: O presente artigo, elaborado de acordo com o método indutivo, tem por objetivo avaliar a publicidade infantil no contexto da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Às crianças e adolescentes são reconhecidas suas condições de vulnerabilidade, em decorrência de ainda não possuírem um estágio pleno de desenvolvimento. Diante dessa realidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal proporcionaram a sua efetiva inserção no ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, sendo garantida a prioridade absoluta e o dever compartilhado entre o Estado, a sociedade e a família para alcançar os objetivos dispostos na lei. Nessa ótica, a publicidade infantil, com especial atenção à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), deve ser compreendida a partir da concepção de que as crianças são facilmente influenciáveis pelas mensagens sugestivas veiculadas por meio de propagandas que visam propiciar o consumo precoce. Portanto, toda forma de propaganda que veicula mensagem ou imagem com características apelativas ou abusivas, visando persuadir crianças a adquirem produtos ou serviços, sobretudo, por meio do uso da estratégica mercadológica de venda casada, atentam contra as regras, princípios constitucionais e normas infranconstitucionais.

Palavras-chave: Proteção integral. Criança e Adolescente. Publicidade infantil. Venda casada.

[1] Artigo científico desenvolvido na disciplina de Direito da Criança e do Adolescente, ministrada pela Prof.ª Drª. Josiane Petry Veronese na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

[*] Acadêmica da 6ª fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
[**] Acadêmico da 6ª fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Abstract: This article, elaborated according to the inductive approach, seeks to evaluate publicity directed to the infantile audience from the optics of the doctrine of integral protection of children and adolescents. Facing the vulnerability of children and adolescents, that emerges from the fact that they are still experiencing the process of mental development, the Statute of the Child and of the Adolescent and also Brazil's Federal Constitution provided their effective insertion in the legal system as subjects of law, granting them absolute priority over other segments of society and sharing among State, society and family the duty to reach the objectives those laws assign. The publicity aimed to child audiences, in this context, and giving special relevance to the decision of the brazilian Superior Court of Justice, must be analyzed taking into account that children are easily influenced by advertisements that intend to promote premature consumerism. Therefore, every form of publicity that carries messages or images that abusively appeal to children, trying to persuade them into acquiring products or services, mainly by the use of tie-in sale as a selling strategy, violate the rules, the constitutional principles and the infra-constitutional norms concerning the protection of children and adolescents.

Keywords: Integral Protection. Child and Adolescent. Advertising directed to children. Tie-in sales.

1 Introdução

É inegável a posição de importância que carrega a publicidade nos tempos atuais, justamente por ser o principal meio pelo qual fornecedores de produtos e serviços sinalizam aos possíveis consumidores a existência e forma de adquirirem os bens que disponibilizam no mercado. Por essa mesma razão, além do propósito de divulgação, as peças publicitárias carregam em si diversos elementos persuasivos para que seja mais proveitosa à captação de consumidores e, por conseguinte, mais volumosas as vendas dos produtos e as prestações de serviço que ofertam.

Sendo assim, verifica-se facilmente que o direcionamento destas aos mais variados públicos é um dos fatores que sustentam a sociedade de consumo e que promovem a

circulação de capital e o estímulo à economia. Dentre estes públicos, um dos mais relevantes é aquele representado pelas crianças.

Embora os infantes terem visto seus interesses e necessidades serem historicamente ignorados e, por muitas vezes, tenham sido deixados em segundo plano não só pelo Estado, mas também pela sociedade civil, foram percebidos pelo mercado como setor social interessante e rentável, motivo pelo qual existem mercadorias e propagandas dirigidas especialmente a esse grupo de indivíduos, como os brinquedos.

Exatamente para aumentar a eficiência das publicidades voltadas a esse público-alvo específico e em decorrência do retorno que proporcionam às empresas, estas se utilizam de táticas que explorem a condição peculiar de indivíduo em desenvolvimento dos infantes que, portanto, ainda não dispõem suficientemente de experiência para identificar e defender-se dos métodos de induzimento utilizados nas peças publicitárias para abusivamente os influenciar a consumir os produtos e serviços a eles dirigidos. Uma destas táticas é a chamada propaganda casada, prática recorrente que, aplicada à publicidade direcionada ao público infantil, normalmente, consiste em promover "brindes" de natureza extremamente atrativa para crianças, mas que só podem ser adquiridos mediante a compra de certos produtos indicados pela empresa fornecedora.

Considerando a frequência com a qual este tipo de propaganda é veiculada e, principalmente, a relevância dada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à proteção dos direitos da criança e à prevenção de qualquer tipo de prática que a explore, o presente trabalho busca expor as razões pelas quais a decisão que prolatou o Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento do Recurso Especial 1.558.086 – SP (o qual versa precisamente sobre a referida propaganda casada), logra efetivar o comando constitucional de evitar o aproveitamento abusivo dos infantes pelo mercado. Para atingir esse objetivo, o estudo está estruturado de modo a refletir sobre os principais vieses da propaganda casada direcionada a crianças, quais sejam, a publicidade infantil e a propaganda casada em si, bem como sobre o próprio acórdão redigido no recurso especial acima citado, dito, até mesmo pelos próprios ministros que participaram do julgamento, como paradigmático. Para tanto, utilizou-se do método qualitativo, baseado, principalmente, na análise bibliográfica e do referido julgado do STJ.

2 A doutrina da proteção integral

A doutrina da Proteção Integral, no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao contrário da concepção adotada anteriormente, referente à Doutrina da Situação Irregular do Menor, foram estabelecidos direitos inerentes aos menores de idade devido à sua condição especial e seu estágio de desenvolvimento, garantias consideradas inovadoras no país.

No âmbito infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente é fundamental, ao descrever especificamente o modo como serão tratadas as crianças e adolescentes e as instituições encarregadas de sua proteção. A estes passou a ser assegurada a proteção efetiva aos seus direitos básicos e necessidades, tais como o acesso à saúde, educação, lazer e outras prerrogativas que necessitem de especial atenção por parte dos órgãos públicos. O artigo 3º do Estatuto, nessa seara, prevê expressamente o modo de tratamento e proteção dos direitos desses sujeitos, tendo em vista suas condições, destacando que "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". Conforme destaca Veronese:

> [...] crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas (VERONESE, 2012, p. 10).

Após uma longa trajetória histórica em que se verificou o desrespeito e a deslegitimação em relação ao direito das crianças e adolescentes, os quais eram tratados como seres inferiores, o Estatuto e a Constituição Federal procuram criar novas bases para essa disciplina e sua regulamentação. Enquanto o Código de Menores de 1979 buscava apenas corrigir e disciplinar o tratamento a ser dado aos menores de 18 anos em situação irregular, com a visão higienista de retirar os jovens das ruas, a nova concepção estabelecida propõe-se a revisar e inovar seus conceitos.

Ao conceber uma nova sociedade política e ampliar os direitos sociais, a Constituição Federal também incorporou a ideia já difundida no meio internacional, de que a proteção aos adolescentes é um dever compartilhado entre a família, a sociedade e o

Estado, segundo dispõe o art. 227[2]. Neste aspecto, ressalta-se a responsabilidade desses agentes para se assegurar o direito à educação, saúde, lazer e bem-estar, de modo a coibir qualquer forma de violência, opressão ou negligência.

Essa nova doutrina jurídica permitiu o efetivo reconhecimento de crianças e adolescentes não mais como simples objetos inferiores, mas sim como sujeitos de direito, sendo sua proteção adequada à sua condição peculiar de desenvolvimento (VERONESE, 2015, p. 45). Portanto, a Proteção integral constitui um marco essencial para o Direito brasileiro, uma vez que, com a introdução da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, e tendo em vista a normativa internacional sobre o tema, tornou-se possível conferir um regime de assistência e amparo, com o intuito de tutelar os seus direitos conforme seu estágio de desenvolvimento e suas peculiaridades.

3 A publicidade dirigida ao público infantil

A publicidade produzida, confeccionada ou direcionada ao público infantil, descritos como alvo principal da propaganda veiculada nas redes televisivas ou jornalísticas, deve ser analisada cuidadosamente, devido aos novos princípios e direitos previstos a partir da Doutrina da Proteção Integral. De acordo com o explicitado anteriormente acerca das inovações previstas com o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças são analisadas como sensíveis e vulneráveis à publicidade, um tema passível de regulamentação especial no ordenamento jurídico.

A partir das diversas inovações e tecnologias originadas recentemente no ramo da publicidade e do marketing, tornou-se visível a necessidade de expressa disposição acerca do tema, sobretudo em relação às propagandas envolvendo menores de 18 anos. A criança, ao constituir o alvo principal dessas abordagens técnicas e tendo sua vulnerabilidade

[2] "Art. 227. 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".

reconhecida no direito brasileiro, deve ser amplamente protegida a fim de coibir o abuso e a sua sedução para consumir determinados produtos ou serviços.

Essa análise deve ser ponderada com especial cautela quando envolve o público infantil nos meios publicitários, visto que a criança constitui um sujeito ainda mais vulnerável aos recursos sugestivos e abusivos utilizadas para se divulgar um produto. As estratégias empregadas nas propagandas atuais influenciam seu destinatário, através do uso de personagens típicos do contexto infantil a consumirem determinados produtos ou serviços, reduzindo sua reflexão crítica. Portanto, o tema deve ser compreendido conforme os limites, princípios e demais valores estabelecidos no âmbito constitucional e infraconstitucional, tendo em vista a condição peculiar e a facilidade de influenciar seu pensamento.

Devido ao fato perceptível no meio social de que as crianças são persuadidas com as propagandas extremamente sugestivas do mercado de consumo, as empresas utilizam essa facilidade para aumentar a venda de determinado produto ou serviço. Usualmente são utilizadas imagens típicas de personagens infantis, tanto na publicidade direta quanto na apresentação de seus produtos, de modo que a vulnerabilidade da criança diante da veiculação mercadológica e divulgação de produtos constitui uma vantajosa estratégia de marketing.

Devido a esse fato, muitas indústrias e setores do comércio investem na publicidade tendo como alvo de consumo principal a criança, especialmente pela sua fase de desenvolvimento e por não analisarem criticamente esses anúncios do mesmo modo que os adultos. Apesar de caracterizar-se como atividade lucrativa para o mercado que se utiliza dessa facilidade, as consequências dessa prática são perceptíveis no cotidiano, provocando danos às crianças, como o consumo precoce, obesidade infantil, erotização, agressividade e condutas violentas no meio familiar.

Conforme destaca Veronese, a publicidade dirigida aos menores de idade prejudica sobremaneira a concretização de seus direitos fundamentais, levando-os a acreditar facilmente nas propagandas divulgadas nos meios de comunicação (VERONESE, 2012, p. 191-192). Dentre esses meios, predominam as propagandas direcionais ao público infantil na televisão, por ser um meio de fácil acesso e entendimento por parte das crianças.

De acordo com pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia em 2004, acerca das consequências da comunicação mercadológica direcionada ao público infantil, a televisão é o principal meio de veiculação de propagandas aos menores de idade. Sendo a televisão um dos meios predominantes utilizados pelas crianças, devido ao seu fácil entendimento e veiculação, estas assistem anualmente a cerca de quarenta mil propagandas, conforme descreve o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE).

No âmbito da regulamentação legal acerca do tema, o capítulo V da Constituição Federal, especialmente no que se refere ao seu artigo 220[3], consagra a livre manifestação do pensamento, além da criação e informação em qualquer meio de divulgação, sendo vedada qualquer forma de censura. Embora o dispositivo constitucional descreva expressamente a liberdade de comunicação, esta garantia não pode ser interpretada de forma absoluta e ilimitada, mas sim conforme os princípios e valores estabelecidos às crianças e adolescentes. Nesse sentido:

> [...] a publicidade mercadológica dirigida para crianças e adolescentes não pode ser entendida neste caso como mera 'liberdade de expressão e comunicação'. Por isso, não se entende como censura a restrição de propaganda para crianças e adolescentes que ferem os próprios preceitos sobre a comunicação social (VERONESE, 2012, p. 194).

Devido ao que estabelece o artigo 221, inciso IV[4] da Constituição Federal, as propagandas veiculadas nas diversas formas midiáticas devem respeitar ainda os "valores éticos e sociais da pessoa e da família", do que se infere que a norma em análise possui limites concretos. Nesse dispositivo encontram-se inseridos os casos de publicidade abusiva envolvendo crianças e adolescentes, uma vez que as possíveis consequências dessa prática, em especial o consumo precoce, viola os princípios constitucionais assegurados a esses indivíduos. Para solucionar esse impasse, as empresas devem apresentar propagandas que não contrariem os valores éticos e sociais das pessoas, a fim de não causar efeitos negativos aos seus potenciais consumidores.

[3] "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

[4] "Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família".

Ademais, segundo o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, "a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal", sendo possível inferir do seu texto as consequências negativas provocadas por publicidades infantis não explicitadas corretamente. Denota-se que em vista da sua condição peculiar, as crianças não conseguem identificar da mesma forma os recursos e apelos utilizados para fomentar o comércio.

O artigo 37[5] da citada Lei dispõe que são proibidas quaisquer formas de publicidade enganosas ou abusivas, que prejudiquem o ideal discernimento acerca do produto ou serviço veiculado na mídia. Nessa seara, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) entende que, com base no referido artigo, a publicidade visando ao público infantil é tipificada como abusiva, quando se utiliza da sua deficiência de julgamento e reflexão aprofundada. No parágrafo 2º[6] desse artigo, ao tratar especificamente sobre o tema, considera como abusiva a publicidade que utilize a deficiência de julgamento e experiência da criança.

O Conselho Federal de Psicologia também defende que, além de não possuir a mesma experiência e conhecimento em relação ao adulto, a criança não manifesta a mesma capacidade de analisar criticamente as discussões realizadas sobre o mundo infantil. Nessa perspectiva, para o IDEC, a publicidade direcionada ao público infantil viola o princípio da identificação, visto que à criança não são visíveis os interesses econômicos e mercadológicos das empresas, sendo necessária uma proteção especial.

Com o intuito de regular e limitar adequadamente a produção e veiculação de propagandas no Brasil, foi criado o Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária (CONAR). Essa organização não-governamental busca autoregulamentar o mercado de propagandas no país, além de analisar as denúncias de consumidores e autoridades visando assegurar os direitos básicos aos indivíduos que sofreram violações devido à abusividade desses meios.

[5] "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva".

[6] "§ 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

Ao regular expressamente sobre as propagandas que tem como alvo o público infantil, dispõe o artigo 37, II do Código Brasileiro de Autoregulamentação Publicitária que "nenhum anúncio publicitário dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança". Os produtos direcionados à criança e ao adolescente devem respeitar a dignidade, características psicológicas e sua condição especial de vulnerabilidade, isto é, devem contribuir de forma benéfica para seu desenvolvimento e respeitar seus direitos e valores básicos.

Devido à sua falta de capacidade crítica acerca do conteúdo reproduzido nos meios comunicativos, a publicidade deveria ser direcionada aos pais ou seus responsáveis, visando coibir as consequências negativas oriundas do consumo precoce. Entretanto, há discussões sobre a eficácia dessa regulamentação, visto que, para alguns autores, não constitui um mecanismo efetivo para regulamentar a publicidade infantil.

Considerando exatamente a insuficiência das normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro para regulamentar o tema em conformidade com a prioridade absoluta da garantia dos direitos da criança e do adolescente, bem como da necessidade de resguardar esses indivíduos de qualquer tipo de exploração, conforme o comando do artigo 227 da Constituição Federal, já mencionado alhures, e dos artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente por conta da vagueza dos dispositivos constantes dos artigos 37, §2o, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou, em 2014, a Resolução nº 163, a qual versa, segundo seu artigo 1º, exatamente sobre a abusividade das comunicações mercadológicas e das publicidades que são endereçadas ao infantes e adolescentes.

Desta maneira, a Resolução em comento tem por objetivo esclarecer o que se entende por publicidade que se beneficia da "deficiência de julgamento e experiência da criança" (nos termos do artigo 37, §2o, do CDC). Para tanto, estabelece o artigo 2º da Resolução nº 163 que:

> Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:
> I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
> II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

> III - representação de criança;
> IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
> V - personagens ou apresentadores infantis;
> VI - desenho animado ou de animação;
> VII - bonecos ou similares;
> VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil;
> IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.
> §2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.

Nota-se, de imediato, que a norma do artigo 2º da Resolução editada pelo CONANDA, bem como qualquer outro dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro, não proíbe a publicidade que se direciona ao público infantil, mas veda, em consonância com as normas que prescrevem a proteção dos direitos da criança, qualquer tipo de comunicação mercadológica que se aproveita da insuficiência de seu julgamento e escassez de experiência causada pela pouca idade e pela condição que tem de pessoa ainda em desenvolvimento, como explica Miragem (2014) em parecer dado ao Instituto Alana sobre a constitucionalidade da resolução em tela. Isso se dá porque o artigo acima transcrito considera abusiva a peça publicitária que se direcione à criança com a intenção de persuadi-la a desejar aquilo que veicula e, ao mesmo tempo, utiliza de meios lúdicos ou de figura influente ou conhecida no universo infantil – nesse último caso, releva-se especialmente o ambiente escolar, previsto no parágrafo 2º, que possui elevada influência na formação de opinião do infante – para atrair a sua confiança abusivamente.

Com o exposto em mente, verifica-se que o artigo 2º da Resolução nº 163 do CONANDA logra concretizar a norma genérica trazida pelo artigo 37, §2o, do CDC, pois define com clareza o que é uma publicidade que abusa da falta de compreensão plena que a criança tem de julgar e entender o caráter persuasivo da publicidade a ela direcionada.

Devido aos possíveis efeitos negativos causados pela publicidade direcionada ao público infantil, parte da doutrina defende medidas extremas para banir efetivamente as propagandas para crianças. Essa corrente doutrinária foi adotada por apenas dois países, Noruega e Suécia, os quais, sendo a programação televisiva exclusivamente estatal, retiraram todas as propagandas direcionadas a esses indivíduos. Entretanto, resta o questionamento em relação a essas formas extremas de combater as consequências

danosas produzidas pela publicidade, uma vez que apenas a proibição não afasta a criança das mídias existentes na atualidade.

Desse modo, é fundamental ressaltar que a mera vedação dessa prática pelas normas jurídicas não constitui uma solução eficaz para essa questão. A ideal regulamentação dos programas publicitários destinados às crianças e a aplicação da doutrina da proteção integral, no sentido de tutelar os direitos inerentes a sua condição peculiar, concilia tanto a garantia ao lazer da criança através dos programas infantis quanto a redução dos efeitos negativos da publicidade.

A publicidade veiculada, respeitando os valores e princípios fundamentais estabelecidos nas diversas regulamentações sobre o tema, podem ser difundidas no país, desde que não se utilizem de meios sugestivos e abusivos de convencimento à criança. Nesse âmbito, ressalta-se o preceito constitucional descrito no artigo 227 acerca da responsabilidade compartilhada em assegurar os direitos da criança, de modo que a família, a sociedade e o Estado devem contribuir para que tais meios publicitários não causem efeitos prejudiciais ao desenvolvimento das crianças.

4 Venda casada e propaganda casada

Nas relações de consumo, na ampla maioria dos casos, o fornecedor tem posição muito privilegiada em relação àqueles que adquirem os produtos ou serviços que oferta, tanto porque é a parte que oferta determinado bem a que mais tem informações sobre seu valor e seu funcionamento, quanto porque é quem decide não só sobre o preço, as condições de pagamento que aceita, mas também qual será o próprio produto que será fornecido, dentre outras circunstâncias relevantes que afetam a relação contratual das partes.

É por esta razão – além da de que o fornecedor possui, em geral, poder econômico e recursos muito maiores que o consumidor – que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que a parte consumidora é o contratante mais fraco nas situações de consumo, motivo pelo qual instituiu um sistema de proteção ao consumidor para impedir que este seja submetido ao controle e ao arbítrio dos fornecedores, de maneira a garantir que sejam

justas as negociações e os contratos consumeristas. Esta condição peculiar de vulnerabilidade do consumidor é reconhecida no Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso 1º[7] do artigo 4º, medida que está em consonância com os comandos normativos da Constituição Federal do Brasil, consubstanciados nos seus artigos 5º, inciso XXXII[8], e 170, inciso V[9], que impõem ao Estado o dever de defesa ao consumidor.

Nesse sentido, o próprio Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu artigo 39, rol exemplificativo de condutas vedadas ao fornecedor, por considerá-las abusivas e injustamente desfavoráveis ao consumidor. Dentre elas, a mais relevante para fins deste trabalho é aquela consubstanciada na primeira parte do inciso I do referido dispositivo legal: a denominada venda casada.

Considera-se venda casada a atividade do fornecedor consistente em restringir a fornecimento de produto ou de serviço somente àqueles que adquirirem, conjuntamente, outro produto ou serviço. Na maior parte das vezes, como aponta o FTC (Federal Trade Comission, em tradução livre para o português, Comissão Federal de Comércio) dos Estados Unidos, a empresa condiciona a venda de um produto que tem poder de venda elevado (ou até mesmo um produto monopolizado) à compra de outro produto que não tem tanto apelo aos consumidores e que não seria consumido sem que fosse necessário para obter o produto principal.

Nesse sentido, o termo em análise refere-se à imposição ao consumidor, na venda de determinado produto ou serviço, a aquisição de outro, contrariando sua liberdade de escolha prevista no ordenamento jurídico. A venda do produto almejado pelo consumidor torna-se condicionada à compra de outro produto com menor potencial de venda no mercado, o qual pode ser da mesma espécie ou não. Tendo em vista essa compreensão, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, ligada ao Ministério da Fazenda determina a venda casada como:

---

[7] "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

[8] "XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

[9] "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, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor".

> Prática comercial que consiste em vender determinado produto ou serviço somente se o comprador estiver disposto a adquirir outro produto ou serviço da mesma empresa. Em geral, o primeiro produto é algo sem similar no mercado, enquanto o segundo é um produto com numerosos concorrentes, de igual ou melhor qualidade. Dessa forma, a empresa consegue estender o monopólio (existente em relação ao primeiro produto) a um produto com vários similares (BRASIL, Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Central de documentos: glossário. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 08 de junho de 2016.

A partir da análise do Código de Defesa do Consumidor, torna-se fundamental ressaltar a proteção prevista na norma à liberdade do consumidor, de modo que, conforme o seu art. 6º, é direito básico do consumidor a liberdade de escolha quanto aos produtos que pretende consumir. Assim sendo, é considerada prática ilícita a imposição por parte do fornecedor relacionada à aquisição de produtos ou serviços, sendo descrita como uma conduta abusiva e passível de punição.

Percebe-se, assim, que a operação casada limita ainda mais a liberdade de escolha do consumidor – lembrando que o consumidor não participa da fixação do preço e nem da confecção do produto, e, por conseguinte, tem sua atuação restrita a escolher entre os bens disponíveis no mercado –, pois força-lhe a comprar algo que não quer para que possa obter o objeto ou serviço de seu desejo. Ao mesmo tempo, a mesma prática propicia vantagens a quem fornece, como a diminuição dos gastos com embalagens e transporte, o aumento do lucro – visto que mais produtos são vendidos –, entre outras.

Não se pode olvidar, também, que a venda casada não só é uma prática abusiva contra o consumidor, mas também uma infração contra a ordem econômica, tipificada como tal na Lei nº 12.529/2011, precisamente em seu artigo 36, §3º, XVIII[10], pois pode caracterizar-se como concorrência desleal, já que a combinação compulsória da venda dos dois produtos ao mesmo tempo pode ser um modo de impedir que outros fornecedores ingressem no mercado pelo produto acessório. Um exemplo dado pelo FTC é o da indústria farmacêutica que detinha o monopólio de determinado remédio para o tratamento da

[10] "§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem".

esquizofrenia, mas que vendia o medicamento apenas num set, onde vinha combinado com aparelhos para o monitoramento do sangue, o que impedia que outros fornecedores dos aparelhos de análise sanguínea pudessem alcançar aqueles que tomavam a droga.

A venda casada é expressamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, pelo art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que "é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos". Na primeira parte do referido dispositivo, é possível compreender a liberdade concedida ao consumidor de adquirir separadamente determinados produtos ou serviços.

Ademais, posteriormente há a descrição de um limite quantitativo, segundo o qual é ilícito condicionar o fornecimento a uma quantidade específica, superior às suas necessidades básicas, salvo se houver justa causa. Haja vista essa disposição normativa, buscou-se coibir a determinação de uma consumação mínima, não sendo possível exigir a obtenção de certa quantia mínima para fornecer um produto ou serviço específico. Nessa seara, conforme o entendimento de Geraldo Magela Alves, "quer-se evitar que o consumidor, para ter acesso ao produto ou serviço que efetivamente deseja, tenha de arcar com o ônus de adquirir outro, não de sua eleição, mas imposto pelo fornecedor como condição à usufruição do desejado".

Entretanto, apesar do objetivo previsto expressamente na norma de evitar a prática da venda casada, em alguns casos costumeiros é possível exigir que a venda de determinado produto ou serviço seja relacionada à aquisição de outro. Tais situações são configuradas quando não é possível o fornecimento de cada produto separadamente, conforme diversos casos costumeiros. Nesse contexto, não é exigível que um fornecedor venda separadamente todos os componentes de um computador, ou que uma loja venda cada sapato isolado em relação ao seu par.

Essa concepção demonstra a necessidade de se averiguar o critério estabelecido por previsão legal de que a venda casada envolve a aquisição de produtos usualmente vendidos separados. Deve-se atentar da mesma forma para as práticas de determinada localidade e as regulamentações econômicas, uma vez que, não sendo usualmente vendidos

de forma separada, não pode ser considerada ilícita a prática de vendê-los conjuntamente. Dessa análise resulta que a tipificação da venda casada compreende tanto os requisitos fáticos da conduta previstos no CDC quanto a análise jurídica dessa prática, a fim de se determinar se os imperativos descritos são fundamentais à venda casada e se influenciaram efetivamente os interesses dos consumidores.

A propaganda casada, por sua vez, é uma pratica abusiva intimamente relacionada à venda casada. Se a venda casada é aquela conduta subordina a aquisição de um produto ou um serviço à compra de outro produto ou outro serviço, a propaganda casada é justamente a publicidade que se faz oferecendo este tipo de negócio. Se tal espécie de propaganda já é repreensível por si mesma, vez que promove a prática abusiva e manifestamente prejudicial ao consumidor – e até mesmo à concorrência, em muitos casos –, sua reprovabilidade eleva-se consideravelmente quando tem como público-alvo crianças, pessoas em desenvolvimento que, por esta mesma razão, não tem total compreensão sobre os efeitos da publicidade em si e, consequentemente, são mais manipuláveis pelo fornecedor.

É relevante destacar que, mesmo que seja proibida pelo imperativo do artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor a publicidade que se aproveite da condição especial de ingenuidade da criança, fruto de estar ainda em estágio de formação e de ser considerada prática abusiva a venda casada, como visto anteriormente, várias empresas do ramo de alimentos "casam" seus produtos alimentícios com "brindes" extremamente atrativos para os infantes, que representam personagens de desenhos animados, brinquedos, entre outros, mas que são cobrados separadamente, para assim aumentar o volume de capital recebido das transações. Trata-se simplesmente de técnica dos fornecedores para utilizar a criança para pressionar os pais a comprar seus produtos e, por consequência, aumentar suas receitas. Evidenciando esta realidade, foi julgado muito recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça a campanha publicitária "É hora de Shrek" da Bauducco, a ser analisado a seguir, que não tinha como objetivo outro senão manipular crianças a compelir seus pais a adquirirem mercadorias da empresa para, assim, obterem um relógio exclusivo do personagem do filme infantil.

5 A campanha publicitária "É hora de Shrek" e a decisão do STJ

Estabelecidas as premissas acerca da proteção integral da criança e do adolescente e da publicidade direcionada ao público infantil, passa-se a avaliar o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, mencionado alhures, onde foi condenada a empresa Pandurata Alimentos Ltda. – dona da marca Bauducco – por sua campanha publicitária direcionada ao público infante "É hora de Shrek". Essa propaganda utilizou-se de personagens de série de filmes famosa, direcionada ao público infantil, durante o período em que era exibida nos cinemas o terceiro longa-metragem da referida série, na medida em que oferecia um de quatro modelos de relógio exclusivos do filme a quem apresentasse cinco embalagens dos produtos participantes da promoção adicionados a um preço de R$ 5,00 (cinco reais).

Diante esta situação fática, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em face de Pandurata Alimentos Ltda., sustentando ser a conduta praticada pela fornecedora de alimentos ilícita por três vieses. Em primeiro, por configurar venda casada (artigo 39, I, do CDC); em segundo, por claramente aproveitar-se da inexperiência e da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, §2º, do CDC) que, por conta da sua característica especial de ser pessoa em desenvolvimento (como disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 6º), ainda não tem condições de distinguir, identificar e defender-se de todos os elementos persuasivos encontrados numa peça publicitária e; em terceiro, por promover valor social de caráter negativo à criança, qual seja, o consumismo exagerado, ato em desconformidade patente com o imperativo trazido pelo artigo 17[11] do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe ser integrante do direito ao respeito que a criança e o adolescente detêm à preservação dos valores.

Após ter sido julgada improcedente pelo primeiro grau de jurisdição, mas de ter sido acolhida em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a controvérsia relacionada à abusividade ou não da propaganda veiculada pela marca Bauducco da Pandurata Alimentos Ltda. alcançou o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido

[11] "Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

protocolada como Recurso Especial 1.558.086 – SP, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins.

Em 10.3.2016, a Segunda Turma do STJ ratificou o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reputando a prática da empresa Pandurata como abusiva tanto por caracterizar-se uma venda casada, já que subordinava a aquisição do relógio à compra de cinco produtos integrantes da promoção e também por considerar abusiva a publicidade de produto de natureza alimentícia que se destine a crianças, conforme se depreende do seguinte trecho do acórdão analisado:

> É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Após uma leitura atenta do acórdão examinado, percebe-se que se trata de decisão emblemática, pois condena uma prática bastante frequente no Brasil. Evidencia-se que é usual o direcionamento de propagandas de alimentos ao público infantil por intermédio de "brindes", sendo que estes são oferecidos aos infantes por representarem algo de seu interesse, como brinquedos, ou, mais habitual, como no caso da campanha "É hora de Shrek", produtos relacionados à personagens de sucesso entre as crianças, com o objetivo de utilizar o poder de convencimento delas sobre os pais, advindo sobretudo da insistência, para elevar as vendas de seus produtos.

A decisão do STJ, nesse contexto, ao considerar abusiva a publicidade alimentícia que tenha como alvo direto ou indireto a criança, efetiva a prioridade de proteção que é dada pelo Estado a esta e ao adolescente, nos termos proclamados no artigo 227 da Constituição Federal e aplica a doutrina da proteção integral, consagrada no artigo 1º[12] do Estatuto da Criança e do Adolescente, justamente porque não aceita que empresas se valham do julgamento ainda não totalmente formado da criança para aumentarem as suas receitas.

[12] "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".

6 Considerações finais

A partir das concepções abordadas ao longo deste artigo, torna-se possível compreender o modo como a legislação atual busca proteger e assegurar os direitos fundamentais previstos às crianças e aos adolescentes, visto que constituem sujeitos vulneráveis e em estágio de desenvolvimento. Nessa ótica, a doutrina da proteção integral demonstra-se como um meio eficaz para se concretizar as garantias previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal, visto que, ao contrário das doutrinas adotadas anteriormente, os infantes são atualmente reconhecidos como sujeitos de direito.

Apesar da existência de diversas críticas quanto à concretização e a efetiva prática das medidas descritas na legislação, não se pode negar o quanto as disposições teóricas são inovadoras ao compreender a tutela desses sujeitos como prioridade absoluta na sociedade contemporânea. Em relação especificamente ao tema da publicidade direcionada ao público infantil, a doutrina da proteção integral deve ser utilizada como fundamento ao se discutir o modo como esses sujeitos são facilmente influenciáveis pelas peças publicitárias veiculadas diariamente por meio da televisão, jornais, rádio, entre outros.

Desse modo, a compreensão adequada acerca da proteção integral prevista pela legislação atual tornou possível uma análise crítica acerca do tema, tendo em vista as características sugestivas e abusivas que tais propagandas podem exercer nas crianças, as quais não conseguem discernir as manobras mercadológicas da mesma forma que os adultos. A partir da introdução de personagens infantis típicos de seu cotidiano e de linguagens comuns em seu meio, as empresas abusam constantemente dessas facilidades para aumentar a venda de determinados produtos ou serviços.

A fim de coibir a excessiva utilização de manobras que visam enganar e aproveitar-se da dificuldade das crianças em analisar criticamente os produtos e serviços divulgados no mercado, os dispositivos citados ao longo deste texto, previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor, são fundamentais ao considerarem abusivas e proibidas expressamente essas práticas. Porém, a partir da análise de casos concretos, é necessário ainda a adequada aplicação da legislação prevista para assegurar os direitos das crianças, visto que diversas publicidades com

caráter abusivo são ainda difundidos nas mídias e redes sociais. Esses casos prejudicam constantemente a concretização dos direitos fundamentais da criança, o que reduz as conquistas alcançadas com a evolução obtida pelo Direito da Criança e do Adolescente ao longo da história.

A decisão proferida pelo STJ em relação à peça publicitária intitulada "É hora de Shrek", da empresa Pandurata alimentos, constitui um precedente essencial para se reconhecer a proibição do uso de manobras e outros artifícios, aproveitando-se da dificuldade da criança compreender criticamente o conteúdo divulgado. Nesse sentido, consolidou-se o entendimento de que, embora existe a liberdade de expressão para se difundir ideias e pensamentos, a matéria relacionada ao Direito da Criança e do Adolescente deve ser analisada cautelosamente, de modo a não ferir seus direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - n° 583.00.2008.169077-0. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/ACP_Bauducco.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. **Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.086. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 abr. 2016. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/6.-Acórdão-do-RESP.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

CAZZAROLI, Aline Raquel. **Publicidade Infantil: o estímulo ao consumo excessivo de alimentos.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10235> Acesso em: 7 de junho de 2016.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA. Resolução no 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Comission.**Tying the Sale of Two Products.** Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>. Acesso em: 09 jun. 2016.

FREITAS, Danielli Xavier. **Os limites legais da publicidade infantil no direito brasileiro.** Disponível em: <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138708616/os-limites-legais-da-publicidade-infantil-no-direito-brasileiro> Acesso em 8 de junho de 2016.
HENRIQUES, Isabela. **Criança: alvo fácil da publicidade.** Revista do Idec, São Paulo (SP), nº 181, 2013. p. 10-12.

MENDES, Beatriz. **Publicidade infantil: proibir ou não proibir?** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-publicidade-infantil-em-debate> Acesso em: 8 de junho de 2016.

SCHMIDT, Saraí. **Mídia e Consumo Infantil: Um desafio da comunicação e educação.** Disponível em: <http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Educacao_Comunicacao_e_Tecnologias/Trabalho/06_21_06_2318-7545-1-PB.pdf> Acesso em 8 de junho de 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).** São Paulo: Instituto Alana, 2014. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** Florianópolis: Editora José Boiteux, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária.** Rio de Janeiro (RJ): Lumen Iuris, 2015.

VERONESE, Josiane Petry. DOS SANTOS, Danielle Maria Espezim. **Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 112, 2015. p. 393-412.

A SUBMISSÃO DOS FILHOS À *PATRIA POTESTAS* NA FAMÍLIA ROMANA

Bruna Medeiros das Neves[·]

Resumo: O presente estudo pretende analisar o papel dos filhos na família romana e a sua relação com a *patria potestas*. Mediante o método de abordagem dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica, iniciou-se discorrendo sobre as características da família romana, precipuamente da *familia proprio iure*, para prosseguir com uma análise do *pater familias* e dos atributos da *patria potestas*. Nesse contexto, delineou-se a figura dos filhos no direito romano, com especial resguardo à sua coisificação no seio familiar. Após, foram examinadas as suas transformações na Roma Antiga, para verificar se a coisificação, existente no direito arcaico, foi superada com as últimas alterações da família romana.
Palavras-chave: Família romana. *Pater familias*. Exercício da *patria potestas*. Adoção. coisificação dos filhos.

Abstract: This study aims to analyze the role of children in the Roman family and their relationship with *patria potestas*. Thus, it began discoursing about the Roman family characteristics, mainly the *familia proprio iure,* to proceed with an analysis of the *patria potestas* and the attributes of the *pater familias*. In this context, the figure of children in Roman law was outlined, with special regard to its objectification in the family. After, the changes in ancient Rome are examined, to verify if the objectification that existed in the archaic law was overcome with the latest changes of the Roman family. The approach method was deductive, through bibliographical techniques.
Keywords: Roman family. *Pater familias*. Attributes of *patria potestas*. Adoption. Objectification of children.

[·] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

1 Introdução

O presente estudo tem por objeto a *patria potestas*, exercida pelo pai de família no direito romano, e as suas características no que concerne à relação paterno-filial. Pretende-se analisar como os filhos eram concebidos no seio da família romana, para verificar se havia uma objetificação no modo de vê-los e tratá-los.

Assim, mediante uma pesquisa bibliográfica, por intermédio do método dedutivo, buscar-se-á verificar a concepção dos filhos no âmbito da família romana, para constatar se houve um início de humanização dos filhos ainda no direito romano.

Com esse objetivo, a primeira seção tratará do modelo familiar na seara romanística, incluindo a análise da *familia proprio iure* e os seus reflexos. Estudar-se-á como se dava o ingresso na família, como era caracterizada as relações familiares no seu interior e como ocorria a saída da *familia proprio iure*.

A seguir, na segunda seção, o estudo versará sobre a *patria potestas* e seus atributos, como forma de evidenciar os direitos conferidos ao *pater familias*. Neste momento, será demonstrado como se manifestava o *ius vitae ac necis*, como direito de vida e morte conferido ao *pater familias*; o *ius noxae dandi*, que seria o direito de entregar o filho à vítima num delito privado; o *ius exponendi*, ou seja, o direito de rejeitar o próprio filho, e o *ius vendendi*, como direito de vender o próprio filho.

Ainda buscando delinear a coisificação dos filhos na experiência romana, serão analisadas as formas de adoção existentes e as finalidades pelas quais elas eram realizadas, em especial as finalidades políticas.

Ao final, na quarta e última seção, arrematou-se o tema questionando se a objetificação foi, enfim, superada com as modificações ocorridas no bojo do direito romano, ou se a objetificação persistiu no cenário jurídico posterior.

2 Modelos familiares na experiência romana e a *família proprio iure*

O grupo familiar é um instituto que remonta à Antiguidade e, a partir do seu surgimento, perpassou por diversas modificações. À luz da obra de Fustel de Coulanges (COULANGES, 2005, p. 92-93), temos que o direito antigo nasceu da família; foi emanado

das relações sociais e imposto ao legislador. Não foi partindo das leis que o poder familiar se formou, mas primeiramente foi exercido pelos chefes de família para posteriormente ser reconhecido pelo direito romano.

A fim de compreender tal reconhecimento, impende ter em vista que o direito romano não é estanco. Não é rígido, imutável; a Lei das XII Tábuas não foi um código único que regulou todas as relações sociais durante experiência romana (DE CICCO, 1993, p. 21). O direito romano sofreu alterações e evoluiu ao longo dos séculos, razão pela qual alguns autores propõem a sua análise dividida conforme períodos.

No presente estudo, segue-se a divisão apoiada por José Carlos Moreira Alves (MOREIRA ALVES, 1995, p. 2), o qual estatui três fases: a) *direito antigo ou pré-clássico* (das origens até meados de 149 a 126 a.C.); b) *direito clássico* (término do primeiro período até 305 d.C.); c) *direito pós-clássico ou romano-helênico* (até a morte de Justiniano, em 565 d.C.). Ressalte-se que os períodos não representam uma ruptura drástica entre eles, mas uma tendência de direitos a ser constatada.

Nessa toada, o poder familiar romano não revestiu as mesmas características durante toda a sua existência. O aspecto patriarcal é perceptível principalmente no período inicial, no direito pré-clássico, e sofreu metamorfoses que flexibilizaram a rigidez do poder familiar para reconhecer alguns direitos às mulheres e aos filhos. Houve um enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e o início, ainda muito incipiente, do processo de humanização dos filhos, ou seja, de uma tendência de conceber os filhos como seres humanos, e não como objetos. Ainda que, muitas vezes, não tenham sido motivadas por razões humanitárias, tais modificações ocorreram.

De início, cumpre registrar que, na experiência romana, o termo *família* remetia a variados significados, incluindo conjunto de escravos, de patrimônio e de herança. Quando concebido como conjunto de pessoas, diversos foram os modelos existentes, até o fim da República, entre os quais estão a *familia proprio iure* e a *familia communi iure* (FRANCIOSI, 2003, p. 21).

A primeira, *familia proprio iure*, é vista em âmbito menor, pois se tratava de um grupo familiar cujos integrantes estavam subordinados a um chefe de família ainda em vida, quando um *pater familias* tinha o domínio sobre a casa. Enquanto o *pater* vivesse, todos os seus descendentes fariam parte da mesma *familia proprio iure*. Porém, com a sua morte,

dar-se-ia espaço a tantas *familias proprio iure* quantos fossem os filhos homens do *pater* morto (FAYER, 1994, p. 269).

Dentro da *família proprio iure*, o liame que unia os seus integrantes era o parentesco, que podia ser *cognatio* e *agnatio*. A *cognatio* como gênero era o parentesco natural, sanguíneo, que compreende os parentes em linha tanto masculina quanto feminina. *Cognatio* como espécie, num sentido restrito, indica o parentesco em linha feminina. Do gênero *cognatio*, retira-se a *agnatio*, como espécie que compreende apenas a linha masculina (FRANCIOSI, 2003, p. 90-91). Para serem agnados entre si, os descendentes deviam se ligar ao *pater familias* pela linha masculina; ou seja, entre *pater familias* e descendente não havia qualquer parente feminino (MARKY, 1995, p. 154).

Nesse trilhar, eram agnados entre si e em relação ao *pater familias* os *filii* e *filiae familias*, pois acima deles estava apenas o *pater*. Também eram agnados os netos de ambos os sexos, se descendentes de *filho homem*. Por outro lado, os filhos e os netos, independente do sexo, de *filhas mulheres* se restringiam à *cognatio* como parentes consanguíneos, eis que um parente feminino, no caso a *filia familias*, encerrava a linha masculina e o vínculo da *agnatio* (FAYER, 1994, p. 22).

O sentido amplo de família, a *familia communi iure*, deriva do alargamento do primeiro modelo, eis que englobava todos os agnados de um parente comum. Conforme Ulpiano (D. 50. 16. 195. 2.), a *familia communi iure* era a família de todos os *agnatos*. Ainda que o ascendente comum tivesse falecido, o vínculo da *agnatio* que ligava os descendentes permaneceria. Considerava, então, que se este ascendente comum estivesse em vida, todos estariam sotopostos à sua *potestas* (FRANCIOSI, 2003, p. 21-22).

Nesse sentido, depreende-se da obra de José Carlos Moreira Alves (MOREIRA ALVES, 1995, p. 108):

> Na acepção de conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo do parentesco, os juristas romanos empregavam o termo família em dois sentidos: 1º – em sentido amplo (*familia communi iure*), para traduzir o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cuja *potestas* (poder) estariam se ele fosse vivo; e 2º – em sentido restrito (*familia proprio iure*), para designar o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*.

Tendo em vista que o modelo familiar a determinar o *status familiae* é a *familia proprio iure*, o presente estudo será direcionado a este grupo.

Adentrando no tema, a *familia proprio iure* era um grupo de pessoas que se encontravam sujeitas a um único *pater familias*, por razões de filiação (*aut natura*) ou direito (*aut iure*). Desse modo, a *familia proprio iure* era composta do pai de família, da mãe de família, dos filhos, netos e ulteriores descendentes, consoante o testemunho de Ulpiano (D. 50. 16. 195. 2).

Tais integrantes podem ser compreendidos em duas grandes classes (MOREIRA ALVES, 1995, p. 108):

a) *pater familias*, que não está sujeito a nenhuma *potestas* de um ascendente vivo, razão pela qual é dito *sui iuris*, de próprio direito, independente;

b) todas as pessoas subordinadas ao *pater familias* e, portanto, ditas *alieni iuris*. Nesta categoria se inserem a *mater familias* sob o regime da *manus*, *filii e filiae familias*, esposa dos filhos, netos e além.

Todos eles são reunidos para formar uma *familia proprio iure* em virtude de estarem sotopostos a um único *pater familias*. O fundamento que constituía a família, portanto, não era o vínculo de sangue, mas a *patria potestas* que alcançava todos os membros, a subordinação a um chefe de família. Com isso, tem-se que a *familia proprio iure* era a família de cada *pater familias*.

2.1 Ingresso na *familia proprio iure*

Como dito, o ingresso na *familia proprio iure* e, por conseguinte, a subordinação ao mesmo *pater familias*, poderia ocorrer por natureza ou por direito. Na primeira modalidade de ingresso na família, estava o nascimento de justas núpcias, considerando nesta qualidade o filho nascido ao menos seis meses depois da celebração do casamento ou até dez meses após o fim do matrimônio (FRANCIOSI, 2003, p. 108). Na segunda modalidade, por direito, encontram-se a adoção, a *conventio in manum* e, na época do Baixo Império, a legitimação.

A adoção será analisada na terceira seção, nas suas duas modalidades, quais sejam, *adoptio* e *adrogratio*. Quanto à segunda forma de ingresso por direito na *familia proprio iure*, a *conventio in manu*, esta se manifestava com o casamento *cum manu*: a antiga *patria*

potestas à qual a mulher estava subordinada era substituída pelo poder do marido (ou do seu *pater*, se o marido fosse *alieni iuris*, dependente), denominado *manus*. Era possível a mulher sair da *potestas* do seu *pater familias* para ingressar da *familia proprio iure* do marido *in loco filiae*. Consequentemente, a mulher se tornava ficticiamente filha do marido (se este *sui iuris*, de próprio direito) e irmã dos próprios filhos – a esposa ingressava como *filia familias*. Caso, entretanto, o casamento fosse *sine manu*, a mulher continuava subordinada ao *pater familias* originário ou, se *sui iuris*, permanecia nesta qualidade (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 118-119). Por fim, quanto à última forma de ingresso por direito na família, com a legitimação os filhos considerados ilegítimos por não serem oriundos de justas núpcias podiam transformar-se em legítimos (CHAMOUN, 1997, p. 169).

Isso porque, no direito romano, os filhos eram classificados conforme três categorias: a) os filhos *iusti* ou *legitimi*, o que compreendia aqueles nascidos das justas núpcias, os adotivos e, no direito pós-clássico, também os legitimados, aos quais recaíam os direitos decorrentes da filiação legítima; b) os *uulgo quaesiti* ou *uulgo concepti* ou *spurii*, provenientes de uma união ilegítima, o que implicava que o pai natural não podia reconhecê-los ou legitimá-los, de modo que nasciam sem *pater familias* e desde o nascimento já eram *sui iuris*, apenas possuindo direitos relativos à mãe; c) os *naturales liberi*, a partir do direito pós-clássico, referentes aos filhos gerados em concubinato, podendo estes tornar-se filhos legítimos por legitimação, ter direitos sucessórios restritos e direito a alimentos (que só existiram a partir do principado, a título excepcional, apenas ganhando força apenas com o tempo) (MOREIRA ALVES, 1997, p. 313-315).

2.2 Relações com o *pater familias* na *familia proprio iure*

Dentro da *familia proprio iure*, a relação entre pai e filho se dava pela disciplina da *patria potestas*, uma prerrogativa exclusiva do *pater familias*, constituída no plano jurídico. O conceito de *pater familias* não implicava simplesmente pai de família, na sua concepção de genitor. O *pater familias* era de fato o chefe da família, a autoridade máxima que regia a casa, o único titular de poder familiar (FAYER, 1994, p. 18-19), aquele que tinha o domínio sobre a casa (D. 50. 16. 195. 2).

O seu poderio era diversamente denominado, conforme o subordinado em questão:

sobre filhos e netos, tratava-se da *patria potestas*; sobre os escravos, intitulava-se *dominica potestas*; sobe os filhos alheios comprados aplicava-se o *mancipium* ou *noxae dediti*; já sobre a esposa havia a *manus*. Porém, a partir do direito justiniano, a *manus* e o *mancipium* desapareceram (CHAMOUN, 1977, p. 181).

A *mater familias*, todavia, não gozava da mesma *potestas* e a sua função era restrita ao plano social, com pouca relevância jurídica: não podia adotar filhos; quando o *pater familias* adotava, a *mater* não era considerada mãe dos filhos adotivos (D. 1. 7. 23). A sua importância era circunscrita à função de reprodução, assim como ocorria no mundo grego. Entretanto, no mundo romano ainda era atribuída uma outra função: a de educação dos filhos nos seus primeiros anos de vida – o que implicava uma vida mais gratificante em relação às mães gregas (GIUNTI, 2012, p. 360-362). Tal tarefa incluía a transmissão dos valores dos pais, a formação da personalidade e caráter dos filhos (CANTARELLA, 1989, p. 607).

A dissolução do casamento ocorria pela morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela perda do *conubium* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 315), isto é, pela perda da capacidade matrimonial. O divórcio ocorria em casos específicos, como pelo adultério da mulher, por envenenar os filhos sem o conhecimento do marido, entre outras possibilidades, a variar conforme o direito vigente (CANTARELLA, 1989, p. 584-589). Perante o divórcio, a esposa podia recuperar o dote quase inteiramente. Geralmente, os filhos permaneciam com o pai e, se a mãe tinha sido responsável pelo divórcio, devia deixar uma parte do dote para os cuidados dos filhos (SALLER, 1989, p. 525).

Inicialmente, os bens que os filhos adquirissem passavam a integrar o patrimônio da *familia proprio iure*, cujo titular e gestor era o *pater familias*. Os filhos não tinham capacidade patrimonial. Apenas com Augusto adveio o regime do *peculium castrense*: os bens obtidos pelos filhos como soldados ou, posteriormente, em virtude do serviço militar, podiam ser objeto de sua disposição. Com Constantino, ampliou-se a capacidade patrimonial dos *filii familias* para admitir o *peculium quasi castrense*, relativo aos bens adquiridos como funcionário da corte, seguido pela permissão aos bens oriundos em razão de cargo público, como advogado, eclesiástico e doações do imperador ou imperatriz (MOREIRA ALVES, 1997, p. 268-269).

2.3 Saída da *familia prorpio iure*

Uma vez conhecida as formas de ingresso e as relações no interior da *familia proprio iure,* mister a compreensão do modo em que um *filius familias* era retirado da autoridade do *pater familias* e, dessa forma, saía da *familia proprio iure*.

Em regra, a *patria potestas* era vitalícia e durava enquanto o *pater familias* permanecesse em vida; não havia o instituto da maioridade (CANTARELLA, 1997, p. 557). Os filhos não podiam ter seu lar particular enquanto o *pater* estivesse em vida; ainda que contraíssem núpcias e tivessem seus próprios filhos, deveriam permanecer sob a tutela do pai (COULANGES, 2005, p. 95-96). O caráter patriarcal é dado justamente pela sujeição indiscutível da mulher ao homem, que podia inclusive matar a esposa por adultério ou outras infrações, entre as quais encontra-se o simples ato de beber vinho (FRANCIOSI, 2003, p. 86).

Com a morte do *pater familias*, os descendentes imediatos (*filii e filiae familias*), até então *alieni iuris*, se tornavam independentes, *sui iuris*. Enquanto *sui iuris* e não subordinados a um *pater familias*, os filhos homens se tornavam titulares de *patria potestas*, ainda que não houvessem descendentes para exercê-la. As filhas do sexo feminino não adquiriam a titularidade da *patria potestas*, pois eram "o início e fim da sua família" (D. 50. 16. 195. 5), isto é, sem nenhum outro membro a compor sua família e sobre quem exercer a *potestas* – as mulheres *sui iuris* eram o único integrante da sua própria família (FAYER, 1994, p. 19). Os ulteriores descendentes (netos e netas, bisnetos e bisnetas) saíam da *potestas* do *pater familias* morto para ficarem subordinados ao *filius familias*, então *sui iuris*, que se tornou o novo chefe da sua família (CANTARELLA, 1989, p. 557). Em outras palavras,

> morto o *pater familias*, seus filhos e filhas se tornam pessoas *sui iuris*, sendo que os filhos (as filhas não, pois, como salientamos no nº 85, elas não podem ser *patres familias*) vão formar tantas famílias – das quais serão seus *patres familias* – quanto são eles; por outro lado, os netos e netas, os bisnetos e bisnetas do *pater familias* morto só se tornarão pessoas *sui iuris* se seus pais (ou, no caso dos bisnetos, pais e avós) já tiverem anteriormente, morrido ou sido excluídos da família (por emancipação, por exemplo), e isso porque uma pessoa só se torna *sui iuris* quando não tem, dentro da família, ascendentes masculinos a que esteja submetida. (MOREIRA ALVES, 1997, p. 276).

Não bastasse a morte do *pater familias*, a extinção da *patria potestas* ainda podia ocorrer mediante a *capitis deminutio*, máxima ou média, do *pater* ou do *filius familias*. Isto porque, na Roma Antiga, para ser considerado pessoa e gozar de personalidade jurídica, era necessário o preenchimento de três elementos: *status libertatis* (ser livre), *status civitatis* (ser cidadão) e *status familiae* (*alieni iuris* ou *sui iuris*). A *capitis deminutio* expressa o sentido de mudança, alteração, e ocorria com a mudança de estado, decorrente da perda da *libertas* ou *civitas*, bem como é ocasionada pela mudança do *status familiae*. Poderá ser máxima quando transforma uma pessoa livre em escrava, ou uma *capitis deminutio* média, quando um cidadão se converte em não cidadão. Estas modalidades de *capitis deminutio*, se sucedidas em relação ao *pater familias* ou ao *filius familias*, eram capazes de romper o vínculo da *patria potestas* e, como consequência, o *filius familia* se tornava *sui iuris* (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 85-87).

Outras razões para o fim da *potestas* do *pater familias* era o acesso dos *filii familias* a certas dignidades, bem como a *capitis deminutio minima* do *filius familias*, que transformava um *alieni iuris* em *sui iuris*, por meio da emancipação. O procedimento emancipatório envolvia o *ius vendendi* e o direito do *pater familias* de vender o filho: quando a venda ocorria por três vezes, o filho era desconectado da *potestas* do *pater* e se tornava *sui iuris* (VOCI, 1954, p. 488-489).

Além disso, a *patria potestas* se extinguia por sanção estabelecida contra o *pater familias*, a depender do direito vigente, como no direito pós-clássico e a sua previsão de perda da *patria potestas* em razão de exposição do filho ou abandono da filha à prostituição (MOREIRA ALVES, 1997, p. 276).

3 *Patria potestas*

Contextualizado o cenário no qual o *pater familias* e os filhos estavam inseridos, insta analisar o exercício da *patria potestas*, estatuindo sua abrangência e limites. Isso porque ao pai de família era concedida esta *patria potestas*, o "pátrio poder" com proporções muito alargadas. Os descendentes eram submetidos à *potestas* do *pater familias* em caráter total, completo e duradouro, de modo semelhante aos escravos (MARKY, 1995, p. 155), pois "O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz,

constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga" (NOGUEIRA, 2006, p. 67).

Dessa forma, como sacerdote, o *pater familias* era o chefe religioso e dirigia os cultos domésticos. De igual sorte, incumbia ao *pater* a garantia da perpetuidade do culto religioso e da família, razão pela qual foram atribuídas certas faculdades e poderes à figura do pai. Primeiramente, o *ius exponendi*, mediante o qual era possível rejeitar os filhos recém-nascidos, a fim de formar a família como lhe conviesse. Em segundo lugar, o *ius vendendi*, com o qual o *pater* podia vender os filhos ou emancipá-los, assim como o direito de casar a filha e ceder a sua *potestas* a outrem (COULANGES, 2005, p. 98-99).

A competência de magistrado recaía ao *pater familias* em virtude da proibição dos demais membros da família ingressarem no tribunal por serem *alieni iuris* e desprovidos de capacidade jurídica. Desse modo, como a *mater* e os *filii familia* não podiam se prostrar diante de um juiz, o pai era o magistrado da própria família. Por conseguinte, ficava responsável pelos delitos cometidos pelos seus descendentes. Uma vez responsável, o *pater* podia exercer o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*): caso o filho cometesse um ilícito grave, era possível condená-lo à morte, respeitadas certas condições. Por outro lado, perante um ilícito que causava dano patrimonial, o pai escolhia entre ressarcir o dano ou entregar o filho à vítima – trata-se do instituto do *ius noxae dandi* (MARKY, 1995, p. 155).

3.1 *Ius vitae ac necis*: o direito de vida e morte conferido ao *pater familias*

O direito de vida e morte foi o instituto mais duro e característico do *pater familias*, pois permitia a morte do próprio filho. Conforme Dionísio de Halicarnasso 2. 26. 4, teria sido uma lei de Rômulo a atribuir ao *pater familias* o poder punitivo sobre o filho, por toda a sua vida, o que permitia expulsá-lo, castigá-lo, mantê-lo no trabalho no campo e até mesmo matá-lo (FAYER, 1994, p. 140).

Todavia, ao mesmo tempo que Rômulo permitiu o direito de vida ou morte, impôs limites ao seu exercício. O *pater familias* era obrigado a cuidar e nutrir todos os filhos do sexo masculino e a primeira filha do sexo feminino, não podia matar o filho até os seus três anos de idade, salvo se portadores de deficiências físicas. Nesta última hipótese, o abandono do filho (*ius exponendi*) só era permitido após o reconhecimento da deficiência por cinco

vizinhos. O descumprimento de qualquer destas normas imputava ao *pater familias* uma pena pecuniária de até metade do seu patrimônio (Dionísio de Halicarnasso 2. 15. 2).

Segundo o texto de Carla Fayer (FAYER, 1994, p. 141)[13]:

> *Queste norme limitatrici della patria potestas contemplavano: 1) l'obbligo di allevare tutti i figli maschi e la primogenita delle femmine – e non è difficile rendersi conto che questa norma fu ispirata non da un principio umanitario, bensì da una ragione politica, in quanto era necessario avere il maggior numero di cittadini cui affidare la difesa della città e per poter imporre sui vicini l'autorità romana con la forza delle armi; il risparmiare la vita almeno alle primogenite significava assicurare un numero sufficiente di donne che procreassero cittadini –; 2) il divieto di uccidere tutti i figli al di sotto dei tre anni; 3) il permesso di esporre i neonati mutili o mostruosi, dopo averli mostrati a cinque vicini, che dovevano riconoscere la loro deformità. Per coloro che non avessero osservato tali norme stabilì pene pecuniarie, fino alla confisca di metà del patrimonio.*

A partir da sua asserção, é possível vislumbrar a tendência de considerar o filho um objeto, pois não foram razões humanitárias que impuseram as limitações. Além da brutalidade de matar o próprio filho, os limites também transmitiam tamanha insensibilidade, pois os filhos tidos como "mutilados ou monstruosos" podiam ser abandonados tendo como única justificativa a sua deformidade física. A restrição de manter os filhos homens e a primeira filha mulher indica que a possibilidade do *ius vitae ac necis* foi reduzido a um número conveniente para defender a cidade e impor a força romana aos povos fronteiriços, assim como para garantir um mínimo de mulheres que assegurassem a reprodução dos cidadãos romanos.

No período arcaico, antes de qualquer condenação mais gravosa, impunha-se a reunião do *consilium domesticum* (conselho familiar), por meio do qual o *pater* solicita a opinião dos amigos e parentes antes de proferir a decisão (VOCI, 1954, p. 481).

[13] "Estas normas limitadoras da patria potestas contemplavam: 1) a obrigação de educar todos os filhos masculinos e a primogênita das filhas femininas - e não é difícil perceber que esta norma foi inspirara não por um princípio humanitário, mas sim por uma razão política, enquanto era necessário haver um maior número de cidadãos a quem confiar a defesa da cidade e para poder impor sobre os vizinhos a autoridade romana com a força das armas; a poupança da vida ao menos das primogênitas significava assegurar um número suficiente de mulheres que procriassem os cidadãos -; 2) a proibição de assassinar todos os filhos menores de três anos; 3) a permissão de expor os neonatos mutilados ou monstruosos, depois de mostrá-los a cinco vizinhos, que deviam reconhecer a sua deformidade. Para aqueles que não houvessem observado tais normas, estabeleceram-se penas pecuniárias, até o confisco de metade do patrimônio" (tradução nossa).

Entretanto, o verdadeiro refreio contra o *ius vitae ac necis* adveio com o direito clássico romano, no século I d. C., quando Trajano dispôs que o *pater familias* devia emancipar o filho, caso o maltratasse (D. 37. 12. 5.). Para matá-lo, o pai devia ouvir o *filius familias* antes (D. 48. 8. 2.). Embora não de destinasse a eliminar o direito de vida e morte, as disposições intencionavam restringir o seu exercício exacerbado, o que demonstra que a *patria potestas* não era concebida como um poder absoluto consignado nas mãos do *pater* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 267).

A constituição de 318 ou 319 de Constantino (Cod. Theod. 9, 15, 1 e Cod. Iust. 9, 17, 1.) é considerada o ato que extinguiu o *ius vitae ac necis*. Mediante tal disposição, a conduta de matar o próprio filho era considerada crime e intitulava-se *parricidium*. Como consequência, o *pater* que matasse o *filius* era responsabilizado com a pena do saco (*poena cullei*), a mais cruel e brutal das penas (FAYER, 1994, p. 176): "ele era colocado dentro de um saco de couro costurado em companhia de um cachorro, um macaco, uma cobra e um galo, e era lançado no mar ou num rio" (BAUMAN, 2005, p. 23, tradução nossa).

Posteriormente, Valentiniano e Valente estatuíram que em caso de delito grave, o filho deve ser levado à autoridade judiciária para determinar a sua punição (MOREIRA ALES, 1997, p. 267). O *pater familias* não podia mais condenar o filho à morte, cabendo-lhe apenas o direito de correção (*ius domesticae coercitionis*) em casos menos graves (CHAMOUN, 1977, p. 182).

3.2 *Ius noxae dandi*: o direito de entregar o filho à vítima

No direito romano, o termo "delito" era uma categoria abrangente, que determinava um "ato ilícito sancionado com uma pena". Era um gênero que comportava duas espécies: de um lado, a esfera privada, e de outro, a esfera criminal. O que ensejava o *ius noxae dandi* eram justamente os delitos privados, a saber: o furto, roubo, dano e injúria – esta última não revestia os aspectos atuais, mas se tratava de lesão à integridade física (JARDIM, 2016).

Desta feita, o instituto da *ius noxae dandi* ganhava importância quando um *filius familia* cometia um furto, roubo, injúria (lesão física) ou dano patrimonial. Ante essas situações, a vítima não poderia demandar o próprio filho autor do delito, eis que *alieni iuris*

e desprovido de capacidade jurídica ou de patrimônio. A solução, então, era agir contra o seu *pater familias* (FAYER, 1994, p. 243), que podia optar entre pagar a dívida ou se eximir da indenização mediante a entrega do *filius* como pessoa *in mancipio* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 266), utilizando a *noxae deditio*.

Depreende-se de Gaio 4, 81 que, se o filho falecesse após o delito por causas naturais, o *pater* se liberava da responsabilização entregando o seu cadáver – uma exceção à regra de não entregar um homem que padeceu de morte natural. Outro cenário para liberar o *pater* era o *filius* se tornar *sui iuris*, como por emancipação. Neste caso, a ação passava a versar diretamente contra o causador do dano (FAYER, 1994, p. 246 e 248).

A *ius noxae dandi* começou a decair a partir do século IV d.C. (MOREIRA ALVES, 1997, p. 267) com a possibilidade dos *filii familias* se defenderem sozinhos, quando o pai não o fizesse. No direito clássico e pós-clássico, a implementação do pecúlio também corroborou o enfraquecimento do instituto, uma vez que permitiu aos filhos terem um patrimônio próprio e, como consequência, era possível a indenização (FAYER, 1994, p. 249).

3.3 *Ius exponendi*: o direito de rejeitar o próprio filho

O *ius exponendi* era a faculdade do *pater familias* de rejeitar os filhos recém-nascidos, a fim de compor a família como lhe conviesse. Quando o pai quisesse aceitar o filho e acolhê-lo no seio familiar, devia erguê-lo do chão e segurá-lo entre os braços, o que indicava o seu aceite. Caso contrário, prescindindo de justificativa, deixava-o no chão, o que significava que o filho devia ser exposto; isto é, abandonado para morrer ou ser recolhido por outra família (CANTARELLA, 1989, p. 558).

Tal rito antigo indicaria que o ingresso na *familia proprio iure* e a constituição da *patria potestas* não se dava com o nascimento em si, mas a partir do reconhecimento do *pater* (FRANCIOSI, 2003, p. 106-107). Feita a escolha pela recusa do filho, o *pater* geralmente entregava o bebê a um escravo com a missão de expô-lo. O primeiro exemplo deste abandono conhecido na experiência romana foi de Rômulo e Remo (FAYER, 1994, p. 190).

Entre os diversos motivos que levavam o *pater* a exercer o *ius exponendi* era a miséria – nas épocas de crise econômica, o número das exposições aumentava. Outras

razões eram a má-formação física e a precária formação do bebê. A título exemplificativo, eram considerados "monstruosos" pela ausência de mãos ou pés, sem olhos ou nariz. Nestes casos, porém, antes de submeter o filho ao abandono, era necessário apresentá-lo a cinco vizinhos, no intuito de reconhecerem a deformidade (*Ibidem*, p. 184), conforme já comentado.

Acanto a estas motivações, relacionava-se o sexo: o maior número de abandonos era de recém-nascidas, em detrimento dos bebês de sexo masculino (Ibidem, p. 186). Isso porque, no pensamento da época, em meio a uma sociedade agrícola, uma filha mulher era considerada um "investimento passivo", menos útil para a família: quando atingia a idade para trabalhar, devia se casar e levar consigo um dote para entregar à nova família. Uma vez abandonada, a filha mulher tinha mais chances de ser acolhida por outra família, quando comparada às chances de um filho homem: era um "*buon investimento economico*" (CANTARELLA, 1989, p. 558-559) para quem a recolhia, pois podia ser vendida como escrava ou encaminhada à prostituição.

Além dessa, outra razão era o adultério da *mater familias*, pelo qual o *pater* se recusava a reconhecer o filho no âmbito da sua *familia proprio iure* e decidia abandoná-lo. Outras vezes, o abandono não era movido por qualquer justificativa racional (FAYER, 1994, p. 186).

Quanto ao destino dos filhos expostos e abandonados, era extremamente infeliz: podiam morrer de frio, fome ou ser destroçados por animais. Se o *pater familias* optasse por ter certeza da morte do recém-nascido, o mantinha em casa e negava-lhe alimento. Assim, o filho morreria em até um dia depois do nascimento, se nascido com fracas condições; em se tratando de um filho robusto, a morte por desnutrição viria em até cinco dias. Outra alternativa cruel para a infalibilidade da exposição era jogar o filho na água, como mares e rios, ou até mesmo estrangulá-lo (FAYER, 1994, p. 186).

Porém, outras vezes o abandono do filho não era assim implacável e podia expor o filho atendendo certas condições que garantisse o seu recolhimento por outra família. Geralmente isso ocorria quando o motivo que levava à exposição era a miséria. Por exemplo, o *pater* podia deixar o filho em locais de fácil acesso, de modo a facilitar o acolhimento por outra família, (NÓTÁRI, 2016) ou esperar o nascer do sol, eis que à noite o

futuro do recém-nascido era menos esperançoso (FAYER, 1994, p. 189). Segundo SALLER, (1989, p. 537), na maioria das vezes os filhos eram recolhidos e conduzidos à escravidão.

Entre o final do século III e início do século IV, as condições econômicas estavam desastrosas e o número de expostos ascendeu. Ciente da situação, Constantino emanou uma constituição em 315 d.C., que previa a entrega de mantimentos para alimentação e vestuário dos recém-nascidos aos seus respectivos *patres familias*. Todavia, devido aos gastos bélicos e ao número exorbitante de filhos recém-nascidos, a medida não teve um resultado satisfatório e as exposições e vendas dos filhos continuaram (FAYER, 1994, p. 202).

Constantino então previu sanções ao *pater familias* que abandonasse o filho, mas de ordem civil e que acarretava apenas a perda da *patria potestas* sobre o filho exposto. A reprimenda maior ao *ius exponendi* veio com Valentiniano, Valente e Graciano, em 374 d.C., que, não somente reconheceram a sanção civil, mas também previram a pena capital a ser imputada a quem matasse recém-nascidos (MOREIRA ALVES, 1997, p. 267).

Embora as sanções mencionadas, a exposição ainda era praticada no tempo de Justiniano. Por conseguinte, o imperador emite a constituição de 529, modificando profundamente as sanções civis. A partir de então, os filhos abandonados, independente da condição dos seus genitores, são considerados livres e com plena capacidade jurídica. Não são mais escravos de quem os acolher, tampouco submetidos à sua *potestas* (FAYER, 1994, p. 207-209).

3.4 *Ius vendendi*: o direito de vender o próprio filho

A Lei das XII Tábuas introduziu no direito positivo romano o *ius vendendi*, pelo qual o pai podia vender os filhos, similarmente aos escravos e bens sob seu poder. No entanto, a própria lei que permitiu a venda a limitou ao número de três vezes; do contrário, o *filius* estaria liberto da *potestas* do *pater* (Ibidem, p. 210). No caso de *filia familias*, neto, neta, bisneto e bisneta, bastava uma venda para romper o vínculo da *patria potestas*, vez que a Lei das XII Tábuas exigia as três vendas apenas para o *filius familias* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 277).

A razão para proceder a uma venda remete à situação socioeconômica romana. Na época, a economia era baseada na agricultura e pastoreio, o que implica dizer que a fruição dos bens dependia da força laborativa dos homens. Desse modo, um filho à venda era muito apreciado por grandes possuidores de terra, comerciantes e artesãos, impulsionando o exercício do *ius vendendi* (FAYER, 1994, p. 213).

Nesse contexto, a venda dos *filii familias* ocorria por meio da *mancipatio*. Em tempos antigos, esta indicava uma venda real, enquanto a partir do tempo de Gaio, no direito clássico, a *mancipatio* passou a indicar uma venda fictícia. Ela podia ser exercida somente pelos cidadãos romanos, revestindo-se como um ato solene (Ibidem, p. 214-216).

No direito clássico, os filhos vendidos não se tornavam escravos do comprador, mas pessoa *in mancipio* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 266). Tratava-se de uma condição intermediária entre liberdade e escravidão, que comportava uma dependência e certa submissão ao comprador; eram livres, mas estavam em condições servis (FAYER, 1994, p. 220-221). Em outras palavras, na seara do direito privado, o *filius* era considerado escravo, enquanto para o direito público ele era livre (VOCI, 1954, p. 490). Contudo, considerando a crise econômica, no direito pós-clássico foi admitida a escravidão do filho *in mancipio* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 266).

Com Constantino, sobreveio a restrição ao *ius vendendi*, que passou a ser permitido somente aos recém-nascidos. Nestas hipóteses, por outro lado, era possível o *filius familias* recuperar a liberdade mediante o reembolso do valor pago pelo comprador ou por meio da entrega de outro escravo para substituí-lo. A partir de Justiniano, a venda dos recém-nascidos só era válida em casos de extrema pobreza. De igual modo, era possível reverter a venda posteriormente se o *pater familias* ou terceiro reembolsasse a compra (Ibidem, p. 267).

Nesse ínterim, a perda da *patria potestas* com o *pater familias* ainda em vida se tornou exequível por intermédio das três vendas. Por conseguinte, deu-se azo à emancipação e à *adoptio*, as quais não eram possíveis até a disposição da Lei das XII Tábuas.

Assim, para emancipar um filho, recorria-se ao *ius vendendi*. Sobre a emancipação, aduz Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 127):

> O pai vende três vezes o filho (tríplice *mancipatio*); a cada vez que o amigo compra o filho, liberta-o em seguida. A complexa operação segue a seguinte

> ordem: 1º, o pai vende o filho ao amigo; 2º, o amigo liberta o filho, pois antes celebrara um pacto fiduciário pelo qual a tanto se obrigara, 3º, o filho volta à *patria potestas* de origem; 4º, o pai vende pela 2ª vez o filho; 5º, o amigo liberta o filho pela 2ª vez; 6º, o pai vende o filho pela 3ª vez; 7º, extingue-se totalmente a *patria potestas*; 8º, o filho cai *in mancipio* do amigo, mas este prometera ao pai que não libertaria o emancipando (porque, do contrário, o filho ficaria ligado ao amigo por um laço de patronato *manumissor extraneus*), mas o *remancipava* ao pai, que recobra o *mancipium* sobre o filho e, em seguida, o liberta, conservando apenas um leve laço de patronato e de sucessão sobre o emancipado (*manumissor parens*).

Há dúvidas acerca da existência da *patria potestas* ao longo das três vendas, se o filho saía da *potestas* do *pater* quando se encontrava *in mancipio*. Gaio 1, 132 induz que a *patria potestas* permanecesse até a terceira venda, mas em seguida, ao afirmar que o filho "retorna" à *potestas* do pai ao cabo da primeira e segunda transação, deixa supor que o *filius* tinha se desvencilhado da autoridade paterna. As fontes do direito romano não permitem uma conclusão clara sobre o problema (FAYER, 1994, p. 227).

No direito antigo, a emancipação ocasionava a ruptura dos laços de agnação – o parentesco da *cognatio* permanecia, enquanto vínculo sanguíneo –, levando o emancipado à exclusão da família e à consequente perda dos direitos sucessórios. Consequentemente, o emancipado se tornava *sui iuris* e, como tal, *pater familias*. Podia ter seu próprio patrimônio, embora sem nada obter dos bens da família, motivo pelo qual a emancipação era concebida como uma pena (CHAMOUN, 1977, p. 184).

A formalidade da tríplice *mancipatio* foi mitigada somente em 502 d.C., com a regulamentação da *emancipação anastasiana* pelo imperador Anastácio: a pedidos do *pater* e com a anuência do *filius* ou *filia familias*, era possível a emancipação de ausente por intermédio de rescrito do príncipe. Adiante, à época de Justiniano, permitiu-se a emancipação a partir de declaração escrita do *pater familias* perante o magistrado, com o consentimento do filho. Em ambas as modalidades existentes, o pai perde o direito de patronato e remanesce apenas como tutor, tendo o filho direitos sucessórios. Portanto, a emancipação, no direito pós-clássico, visava apenas extinguir a *patria potestas* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 277-278).

4 *Adoptio* e *adrogatio*: as espécies de adoção no Direito Romano

Outro cenário que permite visualizar a objetificação dos filhos é na realização da adoção. Esta, na experiência romana, era o gênero que comportava duas espécies, conforme o *status familiae* do adotando: em se tratando de *alieni iuris*, haveria a *adoptio* ou adoção em sentido estrito; ao invés disso, se o adotando fosse *sui iuris*, ocasionava uma *adrogatio* ou ad-rogação. Em ambos os casos, era o instrumento utilizado para alguém ingressar na *familia proprio iure* de outrem, na condição de *filius familia* (*Ibidem*, p. 257). Ainda assim, embora a finalidade fosse a mesma, o procedimento era diverso.

4.1 *Adoptio*

Na *adoptio*, já havia um *filius familia* sob a *patria potestas* de um *pater*. O objetivo então era romper os laços de patriarcado originários e submeter o *filius familia* a outro *pater*. Para tanto, o mecanismo empregado era o da emancipação, a fim de extinguir a *patria potestas* originária, por via da tríplice *mancipatio* – o que explica porque a *adoptio* não era possível antes da Lei das XII Tábuas e a sua previsão sobre o *ius vendendi*. Em seguida, numa segunda fase,

> recorria-se à *in iure cessio* [...]: na presença do magistrado – o pretor, em Roma; o governador, nas províncias –, o adotante propunha contra o que tinha o adotado *in causa mancipii* (seu próprio *pater familias*, ou o amigo se não tivesse havido a *remancipatio*) a reivindicação do *alieni iuris* como se seu filho fosse; o réu não a contestava, e diante dessa confissão simulada, o magistrado fazia a *addictio* (adjudicação) do adotando ao adotante, nascendo, em favor deste, legalmente, a *patria potestas* (Ibidem, p. 258).

Os requisitos e formalidades da *adoptio* variavam conforme a época e o direito vigente. No direito clássico, era necessário o consenso do adotante e do *pater familias* originário. A partir de Justiniano, em virtude do preceito de que a adoção imita a natureza (*adoptio naturam imitatur*), exigiu-se que o adotante fosse mais velho que o adotado, em no mínimo 18 anos (Inst. 1. 11. 4). Pela mesma regra, aos incapazes de gerar não era permitido adotar (Inst. 1. 11. 9). Ainda com Justiniano, o consenso do adotando, até então irrelevante, tornou-se obrigatório (MOREIRA ALVES, 1997, p. 259).

4.2 *Adrogatio*

Ao lado da *adoptio*, havia a *adrogatio*, que não envolvia um adotando *alieni iuris*, mas *sui iuris*. Era o caso de um *pater familias* querer adotar outro *pater familias*, na qualidade de *filius* (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 126). Era um ato complicado do ponto de vista político e social, na medida em que importava a absorção de uma família por outra – o *pater* adotando levava consigo o seu patrimônio e as pessoas sob a sua *potestas* –, mudando a conjuntura da cidade. Devido a isso, o procedimento requisitava a reunião do povo nos comícios por cúrias, presididos pelo pontífice máximo, onde se indagava os dois *patres familias* (ad-rogante e ad-rogado) e o povo acerca do consentimento para a celebração da *adrogatio* (CHAMOUN, 1977, p. 171). Como as mulheres e pessoas impúberes não podiam ter acesso aos comícios, estavam excluídos da ad-rogação, a qual recaía apenas aos homens *sui iuris* (GELL. 5, 19, 10).

Assim, a adrogatio somente se realizava em relação aos homens *sui iuris*, ao passo que a *adoptio* era utilizada apenas aos *alieni iuris*. A *adrogatio* ocorria nos comícios e diante de todo o povo, enquanto a *adoptio* era perante um magistrado. Na ad-rogação, uma pessoa *sui iuris* se tornava *alieni iuris*, sofrendo uma *capitis deminutio minima*. Já na *adoptio*, o adotando permanece *alieni iuris*, mas por se subordinar a outra *familia proprio iure*, também sofria uma *capitis deminutio minima* (FAYER, 1994, p. 293).

Os requisitos da *adrogatio* se distinguiam conforme o período analisado. Inicialmente, no direito pré-clássico e início do clássico,

> quando as mulheres e os impúberes não podiam ser ad-rogados, os pontífices – a quem incumbia verificar se nada havia contra a ad-rogação pretendida – foram estabelecendo, a pouco e pouco, requisitos sem os quais eles se opunham à *adrogatio*. Assim – como acentua Cícero –, não se permitia, em seu tempo, a *adrogatio* por pessoas que ainda pudessem ter esperança de formar prole, ou que tivessem filhos nascidos de casamento legítimo. Demais, além da idade do ad-rogante – que não podia ser mulher, nem *filius familias* –, levava-se em conta a importância da *gens* e do culto familiar do ad-rogado. Esses requisitos, porém, não eram absolutos, podendo ceder diante de motivos justos. [...] No direito pós-clássico, admitiu-se que a mulher fosse ad-rogada, e – a título excepcional, permitiu-se que aquela que tivesse perdido seus filhos ad-rogasse uma pessoa *sui iuris* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 261-262).

Ambas as modalidades de adoção eram realizadas para cumprir certas finalidades, em especial para criar um herdeiro ao *pater familias* e para fortalecer a nome familiar no cenário romano, conforme será visto a seguir.

4.3 Finalidades da adoção e as adoções "políticas"

Como a adoção criava um vínculo de descendência entre o *pater* adotante e o adotado, de maneira a equiparar o adotado e os demais descendentes legítimos, a adoção era precipuamente destinada a criar um herdeiro e continuador do nome familiar. Era incumbência do *pater familias* assegurar o seguimento do culto religioso doméstico (*sacra privata*) e a permanência do seu nome na vida romana (FAYER, 1994, p. 330), pelo qual a adoção servia como ferramenta para criar um herdeiro ou, quando permitido, reforçar a prole.

Além dessa, outras adoções tinham objetivos fraudulentos. A título exemplificativo, Augusto emanou leis (*Lex Iulia de maritandis ordinibus* e *lex Papia Poppaea*) (CANTARELLA, 1989, p. 570) com fins demográficos, impondo a punição dos solteiros e dos que não houvessem filhos com penas pecuniárias e proibindo o seu acesso à magistratura. Isso impulsionou muitos *patres familias* a adotar um filho que, tão logo alcançavam seu escopo, passavam a emancipar o filho adotado (FAYER, 1994, p. 333-334).

Outros motivos muito frequentes eram os fins políticos, sendo utilizada com dois intentos. Primeiramente, porque o poder político costumava ser transmitido dentro do mesmo grupo familiar. Se o *pater* não tivesse filhos a quem repassar seu cargo, recorria à adoção para que a família permanecesse com força política. Em segundo lugar, porque o adotado adquiria o *nomen* e o *cognomen* da família adotiva, o que criava alianças políticas (FRANCIOSI, 2003, p. 113) de modo similar ao casamento (CANTARELLA, 1989, p. 569).

Isso acarretava muitas adoções realizadas pelas famílias mais poderosas no cenário oligárquico, especialmente nos últimos séculos da República. Carla Fayer retrata que, segundo a obra de Prévost *Les Adoptions Politiques*, é possível constatar uma relação estreita entre a importância política das famílias e o número de adoções: das 27 ou 28 adoções analisadas, 18 ou 19 foram promovidas por apenas seis famílias, as quais

compunham a casta política, que se reservava o governo da república, a título hereditário. Ainda assevera FAYER (1994, p. 336-337)[14]:

> *Lo scopo delle adozioni nelle famiglie appartenenti alle suddette genti [Cornelii, Licinii, Caecilii Metelli, Livii Drusi, Fabii e Terentii] era quello di consolidare e perpetuare i privilegi politici di cui godevano, assicurandosi un discendente che ereditasse la situazione politica del padre adottivo, in modo da trasmettere il monopolio delle magistrature di padre in figlio. Se una di queste famiglie detentrici del potere non aveva un discendente naturale che perpetuasse i supremi fastigi politici familiari, doveva ricorrere all'adozione, che aveva così lo scopo di assicurare l'eredità politica.*

Diante desse cenário, notável a coisificação dos filhos em face do intuito do *pater familias*. Em um primeiro momento, as adoções se realizavam independente da manifestação do adotando, o que levou Pasquale Voci a escrever que ele seria "oggetto, e non soggetto, del negozio che si compie"[15]. Além disso, não se adotava para dar amparo ao adotado, mas para atingir as finalidades do *pater*; o filho era apenas um meio, um instrumento, uma coisa.

Paralelamente, não havia igualdade entre os genitores, pois a mulher era desprovida de *patria potestas*, de modo que estava subordinada à autoridade paterna e não podia adotar no início da experiência romana, inclusive não se tornava mãe do filho adotado. Apenas com a evolução do direito romano, impôs-se a obrigatoriedade do consentimento do *filius* antes de efetuar a *adoptio* e permitiu-se às mulheres a realização da *adrogatio*, quando tivessem perdido seus filhos.

5 As transformações da *patria potestas* como tendência à humanização dos filhos

A *patria potestas* teve seus aspectos mais duros e característicos na família arcaica, ainda no direito pré-clássico. Era um grupo extremamente patriarcal, desvencilhada do

[14] "O escopo das adoções nas famílias pertencentes às mencionadas gens [Cornelii, Licinii, Caecilii Metelli, Livii Drusi, Fabii e Terentii] era aquele de consolidar e perpetuar os privilégios políticos dos quais gozavam, assegurando-se um descendente que herdasse a situação política do pai adotivo, de modo a transmitir o monopólio das magistraturas de pai para filho. Se uma destas filhas detentoras do poder não tinha um descendente natural que perpetuasse os supremos fastígios políticos familiares, devia recorrer à adoção, que tinha, assim, o escopo de assegurar a hereditariedade política." (tradução nossa).

[15] "Objeto, e não sujeito do negócio que se realiza" (VOCI, 1954, p. 486, tradução nossa).

poder estatal em certa medida, pois cabia ao *pater* as decisões relacionadas à *familia proprio iure.* Eram plenamente exercidas as faculdades do *pater familias – ius vitae ac necis, ius noxae dandi, ius exponendi* e *ius vendendi*. O pai representava a figura de chefe da família e absorvia completamente a personalidade dos *filii familias*, que não tinham direitos, vontade ou patrimônio próprios; não apresentam outros deveres jurídicos a não ser a sujeição integral ao *pater* (FAYER, 1994, p. 276).

Ainda assim, a *patria potestas* não significava crueldade e absolutismo, em qualquer época do direito romano; não indicava um soberano na família (CASTELLO, 1972, p. 116). Ela exigia do *pater* uma responsabilidade, pois devia agir de acordo com os preceitos sociais e legais e, principalmente, religiosos. Com o intuito de frear possíveis abusos, foram emanadas as leis régias, seguidas pela Lei das XII Tábuas e outros instrumentos que regularam o exercício do *pater familias* (FAYER, 1994, p. 277).

A partir do direito clássico, iniciou-se a decadência do vínculo da *agnatio*, o parentesco civil, para predominar o vínculo sanguíneo da *cognatio*. Com isso, foi-se reconhecendo a importância às famílias naturais, de modo que começaram a se assemelhar com o modelo das famílias modernas. Após o século I a.C., também se verificou um declínio da *manus*, o poder marital do *pater familias* sobre a esposa. Como consequência, se a mulher fosse *sui iuris*, seus bens permaneciam sob sua custódia, não passando a integrar o patrimônio do *pater*. Também foi no direito clássico que se permitiu aos filhos obrigarem-se por delitos e contratos, bem como possuírem um patrimônio próprio, mediante o *peculium castrense* – o *peculium quasi castrense* veio no período seguinte. Os filhos ainda adquiriram o direito de pedir proteção ao Estado contra o pai, por via do processo *extra ordinem* (MOREIRA ALVES, 1997, p. 251-253).

Já o direito pós-clássico foi marcado por novos juízos morais, movidos pelo cristianismo e a ideia de Estado. Por conseguinte, o Estado substituiu o *pater* na função de responsabilizar o filho nos seus delitos graves (VOCI, 1954, p. 459-460), restando ao pai somente os castigos moderados. A *agnatio* foi abolida por Justiniano, por intermédio da Novela 118. A incapacidade relativa das mulheres púberes enfraqueceu, corroborando a possibilidade da filha obrigar-se por contrato (MOREIRA ALVES, 1997, p. 253).

Evidente, portanto, um gradual enfraquecimento da autoridade do *pater potestas* no âmbito da família. Segundo MOREIRA ALVES (Ibidem, p. 248),

> durante toda a evolução do direito romano, observa-se apenas – pelo gradativo enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e pela progressiva substituição do parentesco agnatício pelo cognatício – a tendência para se chegar à família moderna em sentido amplo. Mesmo no tempo de Justiniano não se atinge essa equiparação, pois, se nessa época é abolido o parentesco agnatício, também é certo que a *potestas* do *pater familias*, embora acentuadamente enfraquecida, ainda é, ao contrário do que sucede no direito romano, o poder que submete ao *pater familias*, enquanto vivo, seus descendentes.

Desse modo, a curtos passos deu-se início ao processo de humanização dos filhos ainda no direito romano, ainda que de maneira muito singela e pouco expressiva. Ainda que as razões não fossem humanitárias, por vezes, buscou-se conceber o filho como pessoa, em vez de concebê-lo como coisa, assim como se reconheceu alguns raros direitos à mulher e à figura materna. Ou seja, a objetificação, muito nítida no direito arcaico, foi suavizada com as transformações no direito clássico e pós-clássico. Resta refletir se esta objetificação foi superada.

O que se pode asseverar é que houve uma tendência nas legislações romanas de atenuar o poder do *pater familias*. Contudo, muitas vezes, as razões para tutelar os direitos dos filhos não foram humanitárias, no sentido de que não foram motivadas pela sensibilidade e consciência de que são seres humanos, a exemplo das razões para limitar o *ius exponendi* e os filhos "monstruosos", como visto anteriormente.

Não bastasse isso, não se pode afirmar que a humanização dos filhos foi alcançada, tendo em vista que o processo de reconhecer direitos aos filhos não se esgotou no direito romano. Após a derrocada do Império Romano do Ocidente e a ascensão do cristianismo, as transformações sociais continuaram. Diferente da época antiga, com o cristianismo, o Estado se viu dissociado da religião, sendo Deus não mais uma alma humana, mas um ser estranho à sua natureza. Consequentemente, o direito também teve sua essência modificada. Para Fustel de Coulanges, "O pai perdeu a autoridade absoluta que seu sacerdócio lhe outorgara outrora, conservando apenas as que a natureza lhe confere para as necessidades da criança. A mulher, que o velho culto colocava em posição inferior ao marido, tornou-se moralmente seu igual" (COULANGES, 2005, p. 414).

Desse modo, num primeiro momento, o direito sofreu influência da espiritualidade cristã e do direito germânico. A família, anteriormente baseada na autoridade do pai de

família, passou a ser norteada pelo casamento, com o seu caráter de sacramento. Isso fez com que a mulher deixasse, ao menos legalmente, a posição de inferioridade que ocupava na família romana. De igual modo, a filiação passou a ser fundamentada no vínculo biológico (*cognatio*) e na afinidade, regulados pela *pietas* (CORRÊA, 2009, p. 54).

No período da Idade Média, havia, então, uma dualidade de sistemas jurídicos: o direito visigótico (civil) e o direito canônico (eclesiástico). O primeiro deles dava importância à instituição da família independente de um casamento sacramentado, bastando o consentimento dos nubentes. O segundo, todavia, apenas aceitava a união sacramentada no templo (DE CICCO, 1993, p. 49-50).

Este direito canônico teve seu auge nos séculos XI e XII, passando a decair no decorrer do século XVI. Com a Reforma Protestante, a intervenção da Igreja Católica na esfera legislativa e judiciária do casamento passou a ser criticada, principalmente na Alemanha e Suíça, onde a Escola de Direito Natural moderno defendia a secularização do casamento. Nos países católicos, o casamento civil despontou apenas na segunda metade do século XVIII, mas ainda antes da Revolução Francesa (CORRÊA, 2009, p. 62-63).

O cenário jurídico mudou novamente com o fenômeno da codificação, em especial após a Revolução Francesa, com o Código Civil de Napoleão e o Código Civil Alemão, o que corroborou para o fortalecimento do direito privado europeu. Na concepção de Napoleão, como o chefe da família estava subordinado ao governo de modo absoluto, também a família deveria se subordinar ao seu chefe de modo absoluto (CORRÊA, 2009, p. 63) – o que resgata o caráter patriarcal da família romana.

De modo semelhante, também Portugal trouxe os resquícios da *patria potestas*, resquícios estes que foram repassados para o direito civil brasileiro, considerando que a normatização da família no ordenamento jurídico brasileiro demorou para ter sua autonomia. Os primeiros três séculos referentes ao Brasil Colônia foram marcados pela subordinação a Portugal, que transmitiu ao ordenamento pátrio um modelo familiar orientado pelas famílias romanas, canônicas e germânicas (BUOSI, 2012, p. 25-26).

Em especial no âmbito do direito brasileiro, as autoridades civis, com o passar do tempo, começaram a substituir as competências das autoridades canônicas, de modo que várias normas foram emanadas no intuito de regular a família: Decreto de 03.11.1827, Consolidação de Leis Civis de Teixeira de Freitas e a Lei 1.144 de 1861, os quais tratavam de

temas como casamento, regime de bens, unidade familiar, entre outras legislações (BUOSI, 2012, p. 27). Não obstante se tratar de fontes formalmente brasileiras, o período do império foi regido por reminiscências do direito canônico e português, que foram reproduzidos pelo ordenamento brasileiro (QUEIROZ, 2016).

O período republicano no Brasil, por sua vez, apresentou a instituição do casamento civil, separando-o da jurisdição eclesiástica, e a codificação do direito civil. O Código Civil de 1916, porém, reconhecia apenas a família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada (BUOSI, 2012, p. 27), ou seja, com a figura de um chefe de família, que exercia o poder familiar sem a participação da mãe – ao menos num primeiro momento.

Com as posteriores mudanças legislativas, a delimitação das famílias foi se alterando, conforme incorporava os valores predominantes da sociedade. Tais alterações serviram para atenuar a objetificação dos filhos e conceder à mulher o exercício do poder familiar, em especial o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), enquanto vigente a codificação civil de 1916. A Constituição Federal de 1988 também exerceu papel primordial nessa tendência de humanizar os filhos, ainda mais quando considerada a igualdade substancial dos filhos trazida no seio constitucional.

O que se procura evidenciar, portanto, é que as alterações no direito romano foram um início muito singelo e incipiente da superação da coisificação dos filhos. Não foram suficientes para extinguir essa visão de objeto, que inclusive foi retomada num momento jurídico posterior, mas também não se pode concluir que não houve qualquer modificação tendente a humanizá-los. Foi, na verdade, o começo de um longo processo de reconhecimento de direitos, e o começo tem um papel primordial para um fim.

6 Considerações finais

O presente trabalho abordou o alcance e limites da *patria potestas* na família romana, buscando salientar que prevalecia uma visão dos filhos como coisas, ferramentas para cumprir os intentos do *pater familias*.

Na primeira seção, foram estudados os principais pontos do Direito Romano referente ao modelo familiar, em especial à *familia proprio iure*, com suas formas de ingresso e saída, bem como as relações familiares que predominavam no seu interior.

A seguir, na segunda seção, o objeto de estudo recaiu sobre a *patria potestas*. A partir da análise dos atributos do *pater familias*, como o *ius exponendi*, *ius vitae ac necis*, *ius vendendi* e o *ius noxae dandi*, buscou-se expor como os filhos eram concebidos aos olhos da Roma Antiga. Assim, ficou delineado que os filhos eram vislumbrados como coisas pelo *pater familias*, que podia rejeitá-los ao nascimento e vendê-los como objeto de prestação.

Ainda no bojo do direito romano, estudou-se, na terceira seção, como as adoções eram realizadas e as suas finalidades, em especial os objetivos políticos das adoções. Nessa senda, os filhos eram adotados unicamente para perpetuar o nome da família no poder ou para formar alianças políticas, e não com o intuito de acolher uma pessoa desprovida de cuidados.

A quarta seção foi responsável por evidenciar a transformação da *patria potestas* ainda no direito romano, buscando responder o questionamento inicial sobre a superação ou não da coisificação dos filhos. Nesse intuito, sintetizou-se, de modo muito breve, as mudanças históricas para a instituição da família, passando pelo cenário mundial na época da Idade Médica, Moderna e Contemporânea, até alcançar as reminiscências romanas no direito brasileiro e as modificações trazidas para tutela dos direitos dos filhos no século XX e XXI.

A conclusão a que se chega, portanto, é que as alterações movidas no seio da família romana não foram capazes de superar e extinguir a coisificação dos filhos, considerando que esta perspectiva esteve presente em momentos jurídicos posteriores. Inclusive, deve-se ter em mente que as modificações não foram movidas por uma visão dos filhos como sujeito de direitos, o que impede afirmar que a humanização foi alcançada. Todavia, as alterações ocorridas tiveram papel importante no processo de humanizar os filhos, pois foram marcaram os primeiros passos para a tutela dos seus direitos.

Referências bibliográficas

BAUMAN, Richard. A. **Crime and punishment in ancient Rome.** New York: Taylor & Francis Group, 2005.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental**: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

CANTARELLA, Eva. La vita delle donne. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). **Storia di Roma***:* Caratteri e morfologie. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v.

CASTELLO, Carlo. **Studi sul diritto familiare e gentilizio romano**. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei**: o discurso antecede à história. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009

COULANGES, Fustel de. ***A Cidade Antiga*.** Porto Alegre: Editora Martin Claret, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE CICCO, Cláudio. **Direito**: tradição e modernidade**.** 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das família***s*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FAYER, Carla. **La familia romana:** aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994.

FRANCIOSI, Gennaro. **La famiglia romana:** società e diritto. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

GIUNTI, Patrizia. Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento. **Index:** quaderni camerti di studi romanistici. Nápoles, vol. 40, p. 360-362, 2012.

JARDIM, Vinícius Augusto Brito**. O furto no direito romano:** sua consideração como delito privado/civil e seus reflexos no furto brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/3610275/O_Furto_no_Direito_Romano_sua_consideração_como_delito_privado_civil_e_seus_reflexos_no_furto_brasileiro_VERSÃO_REDUZIDA_-_13_pag._>. Acesso em 18 fev. 2016.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 1 v.

_____. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2 v.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 67.

NÓTÁRI, Tamás**. Remarks on two aspects of patria potestas in roman law.** Fiat Iustitia**,** Bucareste, v. 14, n. 2, 2013. Disponível em: <http://fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/article/view/143/129>. Acesso em: 22 fev. 2016.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O Direito de Família no Brasil-Império**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Império>. Acesso em: 03 mar. 2016.

SALLER, Richard. I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). **Storia di Roma***:* Caratteri e morfologie. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v.

VOCI, Pasquale. **Istituzioni di diritto romano**. 3 ed. Milano: Dott. A. Giuffré, 1954, p. 488-489.

A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O MONITORAMENTO DE COMUNICAÇÕES PRIVADAS: O CASO DO E-MAIL EM AMBIENTE CORPORATIVO

Anna Mariah Araújo de Souza[*]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo conjunto dos direitos da personalidade e direitos fundamentais, no que tange à intimidade, no âmbito profissional. Além disso foi analisada a privacidade no uso do correio eletrônico de forma transdisciplinar, especialmente às searas cível, constitucional, trabalhista e tendo como base a Lei n 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet. O método utilizado durante toda a pesquisa foi o dedutivo, no qual se partiu de princípios reconhecidos como verdadeiros a fim de se chegar a conclusões de maneira formal. Além disso, a análise da jurisprudência permitiu o contato com o método indutivo, no qual a partir de casos concretos particulares foi possível formular regras gerais. Os resultados foram os de que o empregador não está autorizado a monitorar o e-mail particular do empregado, mesmo que acessado em ambiente corporativo. Entretanto, no caso dos e-mails institucionais, o empregado possui a faculdade de monitorá-los, desde que essa possibilidade esteja expressa no contrato de trabalho e que esse monitoramento seja realizado de forma geral e impessoal através de softwares, a fim de que não haja contato direto com o computador utilizado pelo empregado. Apenas dessa forma, será garantido o direito à privacidade do colaborador, o qual foi objetivo central dessa pesquisa.

Palavras-chave: Privacidade, Monitoramento, E-mail, Pessoal, Corporativo.

Abstract: This study aims to carry out a joint study of personal rights and fundamental rights, with respect to privacy, in a professional capacity. In addition we analyzed the privacy in the use of e-mail transdisciplinary way, especially the civil cornfields,

[*] A autora é graduanda do 9º período e fez 2 iniciações científicas, todas com bolsa junto ao CNPQ e FAPEMIG, e uma delas resultou na confecção desse artigo, além disso estudou 6 meses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra –Portugal, experiência que contribuiu para seu crescimento professional. http://lattes.cnpq.br/0556037375823655

constitutional and labor. The method used throughout the research was deductive, in which part of principles recognized as true in order to reach conclusions in a formal way. In addition, the analysis of the case law allowed contact with the inductive method, in which from particular individual cases it was possible to formulate general rules. The results were that the employer is not allowed to monitor the particular e- mail employee, even if accessed in the corporate environment. However, in the case of institutional e-mails, the employee has the right to monitor them, since this possibility is expressed in the employment contract and that this monitoring is carried out in general and impersonal way through a central so that no there is direct contact with the computer used by the employee. Only in this way, the right to privacy of the employee, who was central objective of this research will be guaranteed.

Keywords: Privacy, Monitoring, Email, Personal, Corporate.

1 Introdução

O ambiente laboral passou e vem passando por diversas modificações em virtude do desenvolvimento tecnológico que se vivencia nas últimas décadas. Dessa forma, ferramentas como a internet e o correio eletrônico se tornaram essenciais nas empresas. Em decorrência desse uso, surge a discussão sobre quais os limites da fiscalização do empregador, que possui o poder diretivo, sobre as ações do empregado na rede, detentor do direito fundamental à privacidade e do sigilo de correspondência.

A discussão sobre o monitoramento de e-mail em ambiente corporativo ganhou relevância, principalmente, após 2005 quando a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) beneficiou o HSBC Seguros Brasil, julgando um caso referente à demissão de um funcionário da sede de Brasília, que utilizando o e-mail fornecido pela empresa, enviou fotos de mulheres nuas para seus colegas. A corporação, ao tomar conhecimento do fato através do monitoramento de e-mail, o despediu alegando justa causa.

O estudo do tema se faz necessário, visto que se trata de assunto controverso, uma vez que em fevereiro de 2014, a mesma turma do mesmo tribunal superior (TST) decidiu em benefício dos empregados, condenando o município de Rio Claro a pagar indenização referente a danos morais de R$ 10.000,00 a cada um dos dois colaboradores cujas mensagens eletrônicas foram acessadas pelo superintendente da autarquia em que eles trabalhavam.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as discussões que esses casos suscitam acerca dos limites do poder diretivo da empresa e como ele deve ser realizado sem violar o direito fundamental à privacidade. Os dispositivos que regulam essas garantias estão expressos no Art. 5, Inciso X da Constituição Federal de 1988, que afirma ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e o sigilo das correspondências previsto no inciso XII, que assegura à elas a inviolabilidade.

2 A proteção aos direitos da personalidade do empregado

Os direitos da personalidade, de forma geral, dizem respeito àqueles inerentes à pessoa. Nesse âmbito, a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direitos, restando à coletividade, em sua generalidade, figurar como sujeito passivo; dessa forma, esses direitos são dotados da oponibilidade *erga omnes*. Trata-se de uma relação de exclusão, vez que impõe a observância e o respeito a cada pessoa, sob pena de sancionamento pelo ordenamento jurídico. [1]

Dessa maneira, os direitos da personalidade visam garantir a igualdade de todos perante a lei e tutela as garantias presentes na Constituição Federal, tais como o direito à imagem, à voz, à intimidade e a honra.

Esses direitos, pelo fato de serem inerentes à pessoa, os acompanham-na em qualquer meio que ela fizer parte. Ou seja, eles devem ser respeitados tanto em suas relações pessoais, quanto nas profissionais. Especialmente na constância da relação de emprego, deve-se ter em mente que ela é formada, principalmente, por dois polos. Em um

[1] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p. 30

dos opostos está presente o empregador que, utilizando seu poder diretivo, organiza, controla e dirige a prestação do serviço[2], do outro está a figura do empregado, detentor da força de trabalho, que a fornece em troca de remuneração.

Portanto, em virtude dos direitos fundamentais, há na relação de emprego, a preeminente necessidade de se estabelecer os limites do poder diretivo, não podendo este ser exercido de forma abusiva, tampouco vexatória, vez que o empregado é visto, na maioria das vezes, como a parte vulnerável da relação empregatícia. Apenas dessa maneira, será garantido, de forma justa, ao colaborador, nesta condição e também como indivíduo, a proteção aos direitos da personalidade.

2.1 O direito fundamental à privacidade no ambiente corporativo

Ao se comparar o direito à privacidade com outros direitos da personalidade, tais como a honra, o primeiro surgiu de uma construção doutrinária relativamente recente. Pesquisadores do tema encontram em meados de 1890, na *Harvard Law Review,* revista jurídica da renomada faculdade norte-americana, artigos dos primeiros indícios sobre o chamado *right to be let alone,* podendo ser traduzido como o direito a ser deixado só. Na formulação original, essa garantia estava fortemente relacionada à vida íntima e familiar do ser humano, deve-se notar, portanto, o caráter de abstenção ou de não-fazer, ou seja, não se deve adentrar na esfera íntima de cada indivíduo.[3]

Partindo desse pressuposto, diversos autores desde então ensejaram analisar esse direito e as complicações advindas dele. Conceitualmente para Belmonte, intimidade é o direito ao segredo pessoal ou de não ter certos aspectos íntimos de sua personalidade conhecidos pelos outros. É a esfera secreta e livre de intromissão estranha.[4]Ainda, para

[2] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103

[3] SCHREIBER, Anderson**. Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas. 2011. p. 129
[4] BELMONTE, Alexandre Angra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 2004. p. 36.

Teixeira Filho, a intimidade está relacionada com o que a pessoa faz e vive reservadamente, abrangendo não só o ambiente doméstico, mas também o ambiente laboral.[5]

Percebe-se nessas sucintas definições que Teixeira Filho, diferentemente das concepções iniciais, introduz um elemento novo a ser tutelado pelo direito à intimidade. Trata-se da invocação desse direito nas relações de trabalho. Visualizou- se a importância da proteção da vida privada do indivíduo no ambiente laboral, vez que, como já explicitado, nesse tipo de contrato, o empregado tende a ser a parte mais vulnerável e necessita de proteção.

No ordenamento jurídico pátrio, o Código Civil de 2002 versa sobre esse assunto, conforme:

> Art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A partir disso, pode-se afirmar que privacidade é conjunto de informações acerca de um indivíduo, o qual decidiu mantê-las sob o seu exclusivo controle ou a outrem nas condições que desejar.[6]

A corrente de extrema importância à privacidade, expressa no entendimento do Código Civil, quando este afirma que ela é inviolável, é compatível com o entendimento de Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte de Justiça dos EUA, quando afirma que a privacidade é "*The most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*", traduzido como " [A privacidade é] O mais abrangente dos direitos e o que mais deve ser valorizado pelos homens civilizados."[7]

Além disso, encontra-se expressamente o alcance a esse direito na Carta Magna. Dentre todas as proteções, destaca-se logo no art. 5º, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

---

[5] TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Revista LTr**. 60-09. Vol. 60, n. 09, Setembro de 1996. p.1174.
[6] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 202.
[7] SOLOVE, Daniel J., Understanding Privacy. **EUA**: Harvard University Press, 2009. p. 1.

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Partindo da análise do ambiente laboral, deve-se salientar pro fato do aparelhamento das relações trabalhistas. A partir da década de 90, o desenvolvimento tecnológico proporcionou uma consequente multiplicação de mecanismos que começaram a fazer parte da vida pessoal e profissional dos indivíduos. Essas novas ferramentas proporcionaram um aumento do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Uma dessas recentes criações foi o uso do correio eletrônico nas relações trabalhistas. Dessa maneira, a popularização desse tipo de serviço proporcionou diversos incrementos na forma de trabalhar e com isso houve inúmeros desdobramentos no âmbito jurídico. De antemão, a Constituição Federal já se ocupou de tornar inviolável o sigilo das correspondências telegráficas, estendendo sobre esse tipo de mensagem a proteção da inviolabilidade.

Portanto, o empregado tem o direito de não ter sua vida privada devassada pelo empregador tanto nas relações pessoais quanto nas comunicações virtuais. Dessa forma, o colaborador pode exigir que lhe seja garantido essa proteção. Como assegura Paiva[8]:

> A proteção civil do direito à honra, intimidade pessoal e familiar e à própria imagem não poderá ser rompida por intromissões ilegítimas, seja, aquelas que supunham, sem consentimento do trabalhador, a colocação em qualquer lugar de aparelhos de escuta, filmagem, dispositivos óticos ou qualquer outro meio apto a gravar, a reproduzir a vida íntima das pessoas ou manifestações ou cartas privadas não destinadas a quem faça uso de tais meios, assim como sua gravação, registro e reprodução.
>
> Ações por parte do empregador que transponham a intimidade do empregado ou imponham restrições a ela, sem a sua ciência e consentimento, ou até mesmo distorções de fatos ocorridos, geram ao empregado direito a dano moral. Portanto, uma vez lesionada a proteção a intimidade do empregado, o Art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 assegura o direito à indenização.

[8] apud PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho:** Direito e Tecnologia da informação. R. CEJ, Brasília, n. 19. out/dez.2002. p. 29.

2.2 Os limites do poder diretivo do empregador

Como já tratado anteriormente, a relação trabalhista é composta por dois polos, sendo que um dos lados detém a força produtiva de desenvolver determinada atividade, do qual o outro necessita. Dessa forma, o empregador exerce sobre o empregado uma forma de controle através da subordinação. Essa relação dá origem ao chamado poder diretivo. A Consolidação das Leis Trabalhistas, no caput do seu art. 2º, já preceitua esse conceito:

> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Portanto, o conceito construído pela doutrina denominado poder diretivo é um dos elementos do conceito de empregador que o artigo traz em sua redação. Trata-se da faculdade legal que é concedida àquele que emprega de dirigir a prestação pessoal de serviço. Essa direção pode ser exercida de forma a organizar, controlar e punir o empregador subordinado, quando necessário.[9]

A doutrina buscou construir diversas teorias para justificar a legitimidade do poder de direção. A primeira teoria esclarece que essa faculdade decorre do fato de ser o empregador o proprietário da empresa, portanto está no rol dos seus direitos exigir que o serviço seja prestado da maneira que ele achar mais conveniente para o bom andamento da empresa. Uma segunda teoria esclarece que o empregado está sob subordinação, ou seja, possui um superior que deve obediência, portanto, esse superior, na maioria das vezes, mais instruído, deve orientar a melhor produção do trabalho a ser feito. Por último, a terceira teoria entende que a empresa é uma instituição que tem como um dos objetivos perdurar no tempo, portanto, o poder de direção decorreria do fato de o empregador estar inserido nessa instituição e, portanto, deve obedecer as regras impostas.[10]

Para além das teorias, grande parte da doutrina de direito do trabalho ainda divide o poder diretivo em poder de organização, de controle e disciplinar. O poder de organização diz respeito à forma que será gerida a produção e circulação de bens e serviços. Dessa forma é o empregador que estabelecerá a melhor maneira de ser estruturada juridicamente

[9] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 17. Ed. Editora Atlas: São Paulo. 2013. p. 2.
[10] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 17.Ed. Editora Atlas: São Paulo. 2012. p. 230.

a empresa, por exemplo se por ações ou mediante sociedade limitada. Além disso, determinará o número de funcionários, os cargos, funções e horário de trabalho. Todas essas informações estarão contidas no regulamento de empresa e devem respeitar as normas presentes na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).[11]

3 O correio eletrônico como ferramenta de trabalho

Com a intensa revolução tecnológica que se viveu, incialmente no final dos anos 90, e a popularização dos meios virtuais de comunicação, o correio eletrônico passou a ser um serviço largamente difundido e, atualmente, forma parte da cultura social. O uso do e-mail tornou-se parte da vida de expressiva parcela da população mundial e o fato de ser um meio rápido, barato, cômodo e relativamente fácil de utilizar, fez com ele se consolidasse como o principal meio de intercâmbio de mensagens eletrônicas através da internet. No ambiente corporativo, ele foi gradativamente substituindo as cartas em papel timbrado, que serviam como modo de envio de mensagens entre empresas e clientes. Tal explosão do uso de e-mails e abandono das cartas em papel timbrado foi motivado pela facilidade e agilidade, indispensáveis ao ambiente corporativo moderno.

Hoje, é praticamente impossível de se imaginar as tarefas da empresa sem a facilidade que o e-mail proporciona. Além disso, é cada vez mais importante no mercado, a criação de e-mails personalizados da empresa, vez que isso gera confiança e credibilidade aos seus negócios e clientes, além de profissionalizar a comunicação e o atendimento via internet.

Portanto, ao ser contratado, na maioria das empresas, o empregado recebe para si um e-mail corporativo, geralmente acompanhado do nome da empresa, dessa forma, ao trocar e-mails com clientes e empresas, essa mensagem é acompanhada do nome da corporação, fato que facilita a identificação da empresa e ela invariavelmente deposita em seu teor sua responsabilidade. Dessa maneira, o empregado deve ficar atento com o que

[11] CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho.** 7.Ed. Editora Atlas: São Paulo. 2012. p. 111.

compartilha através desse tipo de e-mail, já que está se comunicando em nome da corporação.

3.1 O monitoramento do e-mail corporativo

A discussão sobre o monitoramento de e-mail em ambiente corporativo ganhou relevância, principalmente, após 2005 quando a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) beneficiou o HSBC Seguros Brasil, julgando um caso referente à demissão de um funcionário da sede de Brasília, que utilizando o e-mail fornecido pela empresa, enviou fotos de mulheres nuas para seus colegas. A corporação, ao tomar conhecimento do fato através do monitoramento de e-mail, o despediu alegando justa causa. Em discordância com a demissão, o ex-funcionário ajuizou ação na 13ª Vara do Trabalho de Brasília, afirmando ter sofrido invasão ao sigilo de correspondência e à privacidade. No caso, a decisão de primeira instância o beneficiou. Entretanto, o HSBC recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal (TRT) e conseguiu vitória nessa instância. Mas por meio de um recurso do funcionário, o caso chegou ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual seguiu o entendimento da segunda instância do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), que entendeu ser lícita a prova obtida através do monitoramento do e-mail profissional do empregado por parte do empregador[12], conforme ementa da decisão:

> PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (email- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela

[12] Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Prova ilícita. "E-mail" corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html& highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005 &query=monitoramento%20and%20de%20and%20e-mail%20and%20corporativo%20and%202005>. Acesso em: 22 out. 2013

empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.
Processo: RR - TST-RR-613/2000-013-10-00.7. Data de Julgamento: 18/05/2005. Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/05/2005[13]

[13] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7. Relator: João Oreste Dalazen. Sessão em 28/05/2005. Disponível em: < http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&h23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=monitoramento%20and%20de%20and%20email%20and%20corporativo%20and%20200>. Acesso em 25 jan. 2015.

Essas providências tomadas pelas empresas sugerem que as ferramentas de trabalho, de maneira especial o acesso à internet e a utilização de *e-mails,* têm sido usadas de forma abusiva pelos empregados. Por força do contrato de trabalho, o colaborador é sujeito ao poder diretivo do empregador. [14] O conceito desse poder foi extraído pela doutrina do art. 2º. da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), o qual conceitua empregador como a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. É justamente essa direção à prestação pessoal de serviços que é conceituado como poder hierárquico, ou poder diretivo de comando sobre a atividade exercida pelo empregado.[15]

A utilização de senha para que seja acessado esse tipo de serviço não é um fato que deva impedir o empregador de acessar as mensagens e dar uma sensação de privacidade. Sua utilização é, justamente, proteger a empresa e, consequentemente, o próprio empregador para evitar que terceiros, alheios a sua confiança, tenham acesso as informações trocadas pelo e-mail corporativo.

Diante disso, uma das necessidades pelas quais as corporações têm o direito de monitorar as mensagens das contas de *e-mails* profissionais, é o fato do empregador possuir responsabilidade civil pelo ato de seu empregado no exercício do trabalho. Portanto, caso ocorra, por intermédio do e-mail corporativo, a difamação de alguém, a transmissão de dados sigilosos de clientes ou empregados ou a retransmissão de vírus que cause prejuízos, a empresa que responderá sobre esses atos.[16]

Dessa forma, faz-se necessário o monitoramento, entretanto, para que este não afronte a Constituição Federal, deve ser exercido de forma moderada, generalizada e impessoal.[17] Dessa maneira, o monitoramento não deve ser realizado pessoalmente com fins de perseguição a determinados funcionários, vez que a finalidade máxima do monitoramento é buscar eficiência e segurança para a empresa. Por isso essa prática só pode ser realizada caso houver expressa disposição no contrato de trabalho e, sempre que

[14] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.
[15] STABEN, Milena Carvalho**.** O poder diretivo do empregador e os limites ao seu exercício. Disponível em: < http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1475&idAreaSel=8&seeArt=yes>. Acesso em 23 out. 2013
[16] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88
[17] DALAZEN, João Oreste. E-mail: o empregador pode monitorar?. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1706200510.htm>. Acesso em: 23.10.13.

possível, que a prática de monitoramento seja informada de forma verbal, para certificar que o empregado está ciente e evitar que haja desnecessária exposição de sua intimidade.

É importante, portanto, estabelecer os limites do poder fiscalizatório exercido pela empresa de modo que não seja afetada a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Segundo Calvo:[18]

> [...] dentro do cenário atual de pressão por diminuição de custos devido à crescente concorrência empresarial, a comunidade deve tomar o cuidado de não acabar privilegiando a esfera patrimonial-financeira da empresa em detrimento da dignidade do empregado.
>
> [...]o empregado antes de tudo é cidadão e deve ter respeitada a sua dignidade humana, já que este é o princípio máximo de uma sociedade pluralista e democrática, que todos temos o dever de defender e proteger.

Deve-se ter em mente que o empregado só será responsabilizado caso ele enviar mensagens inapropriadas ao exercício da função, se ele receber esse tipo de informação, não há possibilidade de sanção, visto que não há como ter controle das mensagens que chegam à caixa de entrada. Além disso, a sanção imposta a quem utiliza o e-mail corporativo para fins diversos deverá estar estipulada no contrato de trabalho, não podendo o trabalhador ser surpreendido com sanções diversas.

Segundo o voto do Ministro Relator João Oreste Dalazen, a empresa tem o direito de rastrear os endereços eletrônicos, visto que não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail corporativo não poderia ser utilizado para fins particulares. Entretanto, há controvérsias na forma de ser realizado esse monitoramento. Dessa forma, é imprescindível que o empregador não tenha contato direto com o computador utilizado pelo empregado, visto que é possível que contenham arquivos pessoais nesta máquina e caso ele tivesse contato com a finalidade de monitorar o e-mail corporativo, o empregado ficaria desprotegido no que tange à tutela do seu direito a intimidade. Portanto, o monitoramento deve ser realizado através de softwares acessados de um computador

[18] CALVO, Adriana. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho**. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009 apud ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De**.** Os limites do poder fiscalizatório quanto ao monitoramento do correio eletronico no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-do-poder-fiscalizat%C3%B3rio-quanto-ao-monitoramento-do-correio-eletronico-no-ambient>. Acesso em: 23 out. 2013.

central, para que seja acessado apenas esse quesito do computador do colaborador. Deve-se ter em mente que trata-se de uma solução de excelente custo/benefício para a empresa, visto que esses programas são facilmente encontrados na internet sem custo.

Portanto, como o empregador tem o direito de monitorar o empregado com fins de segurança e verificação de sua produtividade, e o empregado não pode ter sua vida privada devassada, injustificadamente, pelo empregador[19], é necessário um controle moderado desse tipo de mensagem, apenas dessa forma, será garantido ao empregado proteção à sua intimidade.

3.1.2 A (não) incidência da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) no e-mail corporativo

A lei nº 12.965/14 em um capítulo intitulado `Dos direitos e garantias dos usuários` se ateve para a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como a garantia ao do direito à privacidade nas comunicações. Entretanto, é mister desenvolver que não há aplicação desse entendimento nas relações trabalhistas, vez que o correio eletrônico profissional não configura intimidade e vida privada do empregado.

O entendimento que vigora é que o e-mail corporativo nada mais é que uma ferramenta de trabalho a serviço da empresa. Dessa forma, seu monitoramento realizado de forma genérica e impessoal pelo empregador não configura violação à intimidade do empregado, haja vista que não há expectativa de privacidade nesse tipo de correspondência.

Portanto, o monitoramento praticado pelo empregador não viola a intimidade e privacidade do funcionário, visto que as mensagens trocadas dizem respeito à assuntos profissionais, informação esta que deve conter no contrato de trabalho.

Dessa forma, não há aplicação desse capítulo da Lei nº 12.965/14 no e-mail corporativo pelo fato do objeto desses artigos ser as comunicações privadas, sendo incompatível com as comunicações profissionais.

[19] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

3.2. O monitoramento do e-mail pessoal

O e-mail pessoal diz respeito ao âmbito privado do empregado e se refere a assuntos de teor estritamente particular do funcionário. Além disso se caracteriza por ser aquele que não é fornecido pela empresa e que não possui qualquer vínculo com esta. Dessa forma, as mensagens trocadas por meio dele, mesmo que em ambiente profissional, não são cabíveis de nenhuma forma de monitoramento. Caso ocorra, caracteriza-se violação à intimidade e à vida privada, direitos fundamentais estes garantidos pela Constituição Federal de 1988:

> Artigo 5. [...] Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]

A lei n 12.965/14 denominada Marco Civil da Internet também regulamenta sobre o assunto em uma sessão específica, conforme:

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]
>
> Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.
> Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:
> I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet;

Portanto, a lei que regula a internet no Brasil se preocupou com os princípios constitucionalmente assegurados e garantiu o direito à privacidade nas comunicações. Dessa forma, trata-se de conduta contrária a lei a violação de e-mails pessoais.

Além disso, a Constituição Federal ainda é mais específica no seu Art. 5°, XII, que diz ser "[...] inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. [...]". O Código Civil de 2002 também versa sobre esse assunto, conforme:

> Artigo 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Privacidade, como já explorado anteriormente, pode ser tradada como o conjunto de informações acerca de um indivíduo, o qual decidiu mantê-las sob o seu exclusivo

controle ou a outrem nas condições que desejar.[20] É válido ressaltar que no mundo globalizado de hoje, a vida privada alcança também o que é privado na Internet, como os e-mails pessoais.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho deu provimento, em 2014, aos colaboradores envolvidos em um caso referente à invasão a pastas de mensagens trocadas através do programa de mensagens instantâneas (MSN) de colaboradores de uma autarquia. Na situação referida, os autores da ação relataram que houve desavenças com a superintendente da autarquia quando ela responsabilizou a analista cultural pelo fracasso de uma campanha de lançamento da agenda cultural de 2006. Na discussão, a superiora teria desqualificado um projeto que estava sendo desenvolvido pela analista, que indagou o que fazer com o trabalho já iniciado. Após a resposta de que fizesse o que achasse melhor, a empregada apagou o arquivo do computador.

No dia seguinte, a superintendente determinou a contratação de técnico de informática para a recuperação do documento. Durante a varredura no computador, foram identificadas mensagens trocadas entre a analista e o assistente, nas quais expressavam críticas aos colegas de trabalho. Os trabalhos técnicos perduraram por três dias consecutivos, e o acesso às mensagens só foi possível após algumas tentativas na simulação de senhas, com a utilização, inclusive, de dados do filho da analista.

Na sentença, a juíza da Vara de Rio Claro (SP), após apreciar os pedidos de reintegração, transferência do local de trabalho, anulação das punições e reparação por danos morais, considerou ilícita a obtenção das provas por parte da empresa e determinou o retorno dos trabalhadores ao trabalho e o pagamento de 30 salários mínimos para cada um. Inconformados, o Município e o Arquivo Histórico recorreram ao Tribunal do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP), que reformou a sentença por entender que o direito ao sigilo da correspondência não pode servir de pretexto para a utilização indevida, entre colegas de serviço, do equipamento público posto à disposição para a atividade profissional, e não, para o lazer durante a jornada de trabalho.

No TST, o recurso de revista dos trabalhadores foi provido para restabelecer a condenação. De acordo com os integrantes da Primeira Turma, a comunicação via MSN,

[20] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 202.

mesmo no horário de trabalho e em computador fornecido pela empresa, tem caráter pessoal e, por isso, é inviolável, não sendo permitido ao empregador qualquer tipo de controle relativo ao seu conteúdo[21], conforme ementa da decisão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. Hipótese em que o Colegiado de origem concluiu que o acesso, por parte do empregador, ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos reclamantes via MSN, não enseja o pagamento de indenização por danos morais, registrando que -o direito ao sigilo da correspondência assegurado constitucionalmente não pode servir de arrimo para que o trabalhador troque diariamente por tempo considerável correspondência via MSN com colega de serviço, pois a máquina colocada à sua disposição tem como objetivo a atividade profissional-. 2. Violação do art. 5º, X e XII, da Carta Magna, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos moldes do art. 896, -c-, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido.
>
> DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. PROGRAMA DE MENSAGEM INSTANTÂNEA (MSN). ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS E RECEBIDAS PELOS EMPREGADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA. ABUSO DO PODER DIRETIVO. 1. O empregador, no âmbito do seu poder diretivo (art. 2º da CLT), pode adotar medidas a fim de assegurar o cumprimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho e de proteger a sua propriedade. Deve fazê-lo, contudo, sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais está incluído o direito à intimidade. 2. No caso dos autos, é incontroverso que o empregador, na tentativa de recuperar determinado documento, acessou um dos computadores utilizados no ambiente de trabalho e, na oportunidade, fez a leitura das mensagens trocadas entre os reclamantes via MSN, sem a autorização dos mesmos. 3. Tais fatos evidenciam que o poder diretivo foi exercido de forma abusiva, mediante a utilização de práticas que importaram em ofensa ao direito à intimidade e ao sigilo da correspondência, assegurados nos arts. 5º, X e XII, da Carta Magna. 4. Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. 5. Nesse contexto, em que os atos

[21] GIMENES, Cristina. Município é condenado por acessar MSN de empregados sem autorização. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/municipio-e-condenado-por-acessar-msn-de-empregados-sem- autorizacao>. Acesso em 15 dez. 2015

> praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo- se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 4497-69.2010.5.15.0000 Data de Julgamento: 26/02/2014, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014.[22]

Tendo em vista os argumentos apresentados, conclui-se por ser totalmente impraticável o monitoramento do correio eletrônico pessoal por parte do empregador, mesmo que acessados em ambiente laboral. Contudo, vale ressaltar que constitui direito da empresa o estabelecimento de regras para o uso social do e-mail no ambiente laboral, podendo restringir e até proibir o uso de comunicações pessoais do empregado em horário de trabalho, devendo estas normas serem de prévio conhecimento dos trabalhadores e por eles cumprido.[23]

4 Considerações finais

O empregado, antes dessa condição, é ser humano e a ele é necessário que sejam concedidas todas as prerrogativas normais inerentes ao estado de pessoa. Portanto, a ele recai as proteções que constam no art. 5º da Constituição Federal de 1888 e também aquelas presentes no art. 21º do Código Civil de 2002. Dessa forma, deve-se ter em mente que o contrato de trabalho é realizado por particulares e, portanto, não tem força de lei, portanto, as normas ali contidas não devem se contrapor com a Carta Magna. Os direitos presentes na Lei Maior devem acompanhar o indivíduo em qualquer lugar que ele esteja e em qualquer condição que a ele é proposta.

---

[22] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 4497-69.2010.5.15.0000. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 26/02/2014. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%204497-69.2010.5.15.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMDLAAR&dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=MSN%20and%20Monitoramento>. Acesso em 22 dez. 2015

[23] JUNIOR, João Carlos Leal. Monitoramento do correio eletrônico do obreiro pelo empregador em ambiente de trabalho**.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/monitoramento-do- correio-eletr%C3%B4nico-do-obreiro-pelo-empregador-em-ambiente-de-trabalho-0>. Acesso em 19 out. 2013.

Por fim, conclui-se que o empregador não deve ter acesso às comunicações privadas do empregado, mesmo que acessadas no ambiente laboral. O que pode ser feito é a estipulação no contrato de trabalho para que elas não sejam acessadas no horário de expediente e caso essa regra seja violada, pode ser imposto a quem infringiu-a, as sanções cabíveis.

No caso dos e-mails corporativos, o monitoramento pode ocorrer, pelo fato de que os assuntos ali tratados dizem respeito à corporação. Entretanto, a forma de monitoramento deve ocorrer de forma impessoal, genérica e geral, através de softwares que impeçam o empregador de ter contato com o computador de uso do empregado, já que nesse equipamento é provável que haja informações pessoais.

Referências Bibliográficas:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De**. Os limites do poder fiscalizatório quanto ao monitoramento do correio eletronico no ambiente de trabalho***.* Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-do-poder-fiscalizat%C3%B3rio-quanto- ao-monitoramento-do-correio-eletronico-no-ambient>. Acesso em: 23 out. 2013.

BELMONTE, Alexandre Angra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 2004. p. 36.
BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

Brasil. Código civil, 2002. **Código civil***.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Brasil*.* **Consolidação das Leis Trabalhistas***.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2013. Brasil. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do*

Brasil*.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2013.

Brasil. ***Lei n. 12.965/14. Marco Civil da Internet***. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 03 fev. 2015.

Brasil. **Tribunal Superior do Trabalho.** Prova ilícita. "E-mail" corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&form at=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=monitoramento%20and%20de%20and%20e-mail%20and%20corporativo%20and%202005>. Acesso em: 22 out. 2015

Brasil. **Tribunal Superior do Trabalho**. Prova ilícita. "E-mail" corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&form at=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=monitoramento%20and%20de%20and%20e-mail%20and%20corporativo%20and%202005>. Acesso em: 22 out. 2015

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7. Relator: João Oreste Dalazen. Sessão em 28/05/2005. Disponível em: < http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2061300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=monitoramento%20and%20de%20and%20e-mail%20and%20corporativo%20and%202005>. Acesso em 25 jan. 2015.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR - 4497-69.2010.5.15.0000. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Sessão de 26/02/2014. Disponível em: < http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%204497-69.2010.5.15.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMDLAAR&dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=MSN%20and%20Monitoramento>. Acesso em 22 dez. 2013.

CALVO, Adriana. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho**. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009 apud

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De**.** *Os limites do poder fiscalizatório quanto ao monitoramento do correio eletronico no ambiente de trabalho***.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-do-poder-fiscalizat%C3%B3rio-quanto- ao-monitoramento-do-correio-eletronico-no-ambient>. Acesso em: 23 out. 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. 7.Ed. Editora Atlas: São Paulo. 2012. p. 111.

DALAZEN, João Oreste. **E-mail: o empregador pode monitorar?**. Disponível em: **<**http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1706200510.htm>. Acesso em: 23.10.13.

GIMENES, Cristina. **Município é condenado por acessar MSN de empregados sem autorização**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/municipio-e-condenado-por-acessar-msn-de-empregados-sem- autorizacao>. Acesso em 15 dez. 2013

JUNIOR, João Carlos Leal**. Monitoramento do correio eletrônico do obreiro pelo empregador em ambiente de trabalho**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/monitoramento-do-correio-eletr%C3%B4nico-do- obreiro-pelo-empregador-em-ambiente-de-trabalho-0>. Acesso em 19 out. 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT.** 17. Ed. Editora Atlas: São Paulo. 2013.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho: Direito e Tecnologia da informação**. R. CEJ, Brasília, n. 19. out/dez.2002.

PEREIRA, Marcelo Cardoso**. Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOLOVE, Daniel J., **Understanding Privacy**. EUA: Harvard University Press, 2009.

STABEN, Milena Carvalho**. O poder diretivo do empregador e os limites ao seu exercício**. Disponível em: < http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1475&idAreaSel=8&seeArt=yes> . Acesso em 23 out. 2013.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **O dano moral no direito do trabalho**. Revista LTr. 60-09. Vol. 60, n. 09, Setembro de 1996.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSÉDIO SEXUAL: CONCEITOS, LEGISLAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EM SANTA CATARINA

Jessyka Zanella Costa[*]
Marina Barcelos de Oliveira[**]

Resumo: A violência sexual é uma prática maliciosa que afeta homens e mulheres não importando classe social, idade, orientação sexual, raça, ou etnia. Uma das formas de manifestação dessa violência é através do assédio sexual. Por definição, o assédio sexual se revela nas relações trabalhistas, em que, necessariamente, há relação de subordinação entre empregado e empregador. As mulheres são as maiores vítimas nessas situações e sofrem as consequências mais gravosas à sua saúde física, psíquica e emocional. Por fim, apresenta-se um estudo jurisprudencial qualitativo das decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, o qual responde pela jurisdição de Santa Catarina.

Palavras-chave: Assédio sexual. Mulheres. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

Abstract: Sexual violence is a malicious practice that affects both men and women regardless of social class, age, sexual orientation, race, or ethnicity. One of the many ways that this kind of violence manifests itself it is through sexual harassment. By definition, sexual harassment can only be revealed in labor relations, in which, necessarily, there has to be a relation of subordination between employer and employee. Women are the main victims in these situations and suffer the most serious consequences to their physical, mental and emotional health. At last, a qualitative jurisprudence study is presented, based on the decisions handed down by the Regional Labor Court of the 12th Region, which is responsible for the jurisdiction of Santa Catarina.

Keywords: Sexual harassment. Women. Brazil's Jurisprudence RLC 12th Region.

[*] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Servidora Pública da SES/SC. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa e Extensão "Direito das Mulheres" – UFSC.
[**] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa e Extensão "Direito das Mulheres" – UFSC.

1 Introdução

Não direcionada a apenas um gênero humano, a violência sexual é uma prática ardilosa que atinge homens e mulheres em todas as idades, classes sociais e etnias. No entanto, de acordo com o Ministério do Trabalho (BRASIL, 2016), as mulheres são as maiores vítimas dessa violência que se caracteriza como meio de exercer controle e poder sobre elas nas relações trabalhistas. Essa opressão pode se apresentar sob a forma de assédio sexual. Apesar de não ser um problema estritamente trabalhista, são nas relações de emprego em que são causadas as consequências mais gravosas e onde se apresentam com mais frequência (BRANCO, 2013, p. 697). Isso se dá porque nas relações trabalhistas tem-se, necessariamente, a subordinação jurídica do empregado ao empregador que presta seus serviços de forma pessoal, com poder disciplinar mediante remuneração.

O assédio sexual é crime previsto na legislação brasileira e viola os direitos humanos à medida que fere a dignidade humana, infringe o direito das trabalhadoras à segurança no trabalho e à igualdade de oportunidades, além de ocasionar danos a sua saúde. Segundo estimativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mais de 50% das trabalhadoras em todo o mundo já sofreram assédio sexual e somente 1% dos casos é denunciado (BRASIL, 2011). Desta forma, tem-se o sigilo e o silêncio como maiores aliados da manutenção dessa violência sexual.

2 Metodologia

Para a elaboração do presente artigo, a metodologia elegida foi a da pesquisa qualitativa, utilizando-se do método indutivo. Para obtenção de dados relevantes, utilizaram-se os procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, o presente trabalho objetiva apresentar um panorama geral sobre o assédio sexual no Brasil, explicando historicamente a sua regulamentação e, ao fim, apresentando uma análise jurisprudencial acerca do tema.

3 Assédio Sexual: Conceitos

O assédio sexual no ambiente de trabalho pode ser caracterizado pela insistência importuna do assediador sobre a vítima, constrangendo-a por meio de cantadas e insinuações constantes com o intuito de obter sexo ou vantagens sexuais, ou seja, toda conduta sexual não desejada.(PAMPLONA, 2001). De acordo com Maria Luiza Pinheiro Coutinho, o conceito de assédio sexual também pode ser definido como insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos impertinentes e devem apresentar, pelo menos, uma das seguintes características: a) ser uma condição para dar ou manter o emprego; b) influir nas promoções ou na carreira da vítima; c) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima (COUTINHO, 2006).

A discriminação da mulher no ambiente laboral tem-se revelado de várias formas sendo uma delas originada de assédio sexual[1]. A teoria do assédio sexual visa proteger as mulheres no ambiente de trabalho, visto que elas são a maioria das vítimas dos assédios sexuais. (LIMA, 2010, p. 65). O assédio sexual acaba recaindo sobre as mulheres, pois é muito comum que os postos de chefias sejam comandados por homens, enquanto as mulheres, sobretudo as mais jovens e as que estão no começo de carreira, são os alvos mais vulneráveis já que possuem medo de perder o emprego, ou até por insegurança, circunstâncias essas que induzem aceitação ou flexibilidade face às ofensas e insinuações. Esse tipo de assédio possui duas modalidades: ocorre por meio de chantagem e/ou intimidação. De acordo com SANTOS (2002, p. 43), a chantagem é definida como

> a prática de ato, físico ou verbal, de alguém visando a molestar outrem, do mesmo sexo ou do sexo oposto, no trabalho ou em razão dele, aproveitando-se o assediador da condição de superior hierárquico ou de ascensão econômica sobre o assediado, que não deseja ou considera uma molestação tal iniciativa, com a promessa de melhorar, manter ou de não modificar o status funcional da vítima ou mediante ameaça de algum prejuízo profissional, com a finalidade de obter satisfação sexual.

Observa-se, portanto, que o assediador se utiliza da chantagem para obter da vítima algum favor sexual sob ameaça da perda de um determinado benefício. Assim, fica

[1]Neste mesmo sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1995 - CEDAW) classifica o assédio sexual no trabalho "como uma das formas de violência contra a mulher".

evidente o abuso do assediador sobre a vítima, não sendo necessário nenhum ato de violência. Em relação à intimidação, SANTOS (2002, p. 47) ressalta que esta se conceitua

> pela atitude do patrão, superior hierárquico ou dirigente público, ou mesmo de colega de trabalho, de solicitar atividade sexual importuna ou indesejada ou qualquer outra investida de índole sexual, com intenção de restringir, sem motivo, a atuação de alguém no trabalho ou de criar uma circunstância ofensiva ou abusiva ou um ambiente de trabalho hostil, ainda que o assediado não venha sofrer punição ou a perder a posição funcional ostentada antes do assédio.

Diferente do assédio sexual via chantagem que contém uma relação de poder entre o assediador e a vítima, na intimidação isso não se revela importante, pois o assediador torna o ambiente hostil para a vítima, não sendo, necessariamente, seu superior hierárquico. De acordo com Margarida Maria Silveira Barreto o assédio sexual se manifesta em

> contato físico indesejável, insinuações e piadas grosseiras, comentários jocosos e burlescos, ameaças, fofocas, maledicências, ironias e exibição de material pornográfico associado às promessas de promoção profissional. (BARRETO, 2013, p. 138).

O assédio sexual possui diversas formas práticas e morais (BRASIL, 2011), dentre as principais se encontram: esfregada de corpo a corpo; beliscões; apalpadas; exibição de fotos e vídeos que sugerem atividades sexuais; carícias; olhares; convites para festas íntimas; passeios a locais tranquilos ou qualquer insinuação desse gênero; repetir sistematicamente observações sugestivas; piadas ou comentários sobre a aparência ou condição sexual; enviar reiteradamente desenhos animados, desenhos, fotografias e/ou imagens de *Internet* indesejados e de teor sexual; realizar telefonemas, enviar cartas, *sms* e/ou e-mails indesejados de caráter sexual; promover o contato físico intencional e não solicitado de forma excessiva e/ou provocar abordagens físicas desnecessárias; apresentar convites e pedidos de favores sexuais associados a promessa de obtenção de emprego, melhoria das condições de trabalho e estabilidade no emprego, ou na carreira profissional, podendo essa relação ser expressa, direta e/ou insinuada.

Ainda há formas de assédio sexual que são indicadores de riscos 'invisíveis' à saúde da mulher, evidenciando a trama das relações hierarquizadas e autoritárias a que estão submetidas. São elas: interditar a fisiologia; fiscalizar as consultas médicas; inferiorizar e desqualificar profissionalmente; espalhar boatos; assediar e chamar a atenção em público; estimular rivalidades; entre outras (BARRETO, 2013, p. 140).

4 Regulamentação do assédio sexual no Brasil

No Brasil, o assédio sexual é crime. (PAMPLONA, 2001). A Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, introduziu no Código Penal o artigo 216-A tipificando o crime de assédio sexual com a seguinte redação: "Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos". A vítima deve denunciar o fato para que, se comprovado, sejam aplicadas as sanções penais possíveis. Além do direito à indenização por danos materiais e morais que correm na esfera cível. (BARROS, 2007, p. 887). De acordo com o artigo 225, do Código Penal, a ação penal será pública condicionada à representação, pois apesar de ser de interesse público esbarra na esfera privada da vítima e será promovida mediante denúncia ao Ministério Público.

No âmbito trabalhista, o assédio sexual também implica na rescisão contratual, de acordo com BRANCO; NEVES (2013, p. 703), como também, aplicação das sanções disciplinares ao assediador que pratica o crime, como advertência ou suspensão e até demissão por justa causa, conforme previsão nos incisos 'b', 'd', 'h' e 'j' no artigo 482 da CLT, se a violência está sendo cometida entre colegas:

> Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
> b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
> d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
> h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
> j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem

Se o assediador é o empregador, o contrato será rescindido de forma indireta e ainda pleitear-se-á indenização por danos morais (BRANCO, 2013, p. 703), por força do artigo 483, da CLT, nas alíneas 'a', 'b', 'c', e 'e':

> Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
> a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

> b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
> c) correr perigo manifesto de mal considerável;
> e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Independe do caso, seja o autor do assédio tanto empregado ou empregador, a pretensão versará também sobre indenização por dano material, ou moral, dada a violação do direito à intimidade por força do disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal. Se não há no direito federal brasileiro uma norma expressa proibindo todas as formas de assédio sexual, a sua vedação encontra fundamento nos art. 3º e 5º da Constituição Federal, os quais proíbem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Assegurando assim igualdade de todos perante a lei e entre homens e mulheres quanto aos direitos e obrigações. Nesse sentido, (LIMA, 2010) revela que a

> Constituição sedimentou-se o entendimento de que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações, pois a Carta Magna proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, estado civil, idade e cor. Importante lembrar que a liberdade é considerada pública e, portanto, a obrigação de respeitá-la é imposta pelo Estado. Percebe-se que não há diferença, na Lei, entre a liberdade do homem e a liberdade da mulher. LIMA, Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de. **A proteção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico nacional e internacional e os mecanismos asseguratórios**. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba a. 35, n.65, Jul./ Dez. 2010

Muitas vezes a vítima encontra dificuldade em obter provas quanto à prática do assédio, uma vez que o mesmo ocorre, na maioria das vezes, em ambientes fechados quando não há ninguém olhando, não há público, logo, sem comprovação de testemunhas. Para o ajuizamento da ação, seja na esfera criminal, trabalhista ou cível, a vítima terá que ter no mínimo algum lastro probatório a comprovar o assédio que sofreu no trabalho (BRITO; PAVELSKI, 2012, p. 12). No entanto, o ônus da prova – *ônus probandi* –, incumbe a quem alega o fato, por força do artigo 818, da CLT. Caso não o faça, acarretará a perda na causa (BRITO; PAVELSKI, 2012, p. 12). É um direito que a parte possui de comprovar o que alega, de caráter impositivo, ou seja, não é um dever e nem uma obrigação, cabe comprovação pela parte autora. Nos casos de assédio sexual não cabe inversão do ônus da prova, uma vez que o próprio assediador teria que criar provas que o acuse do assédio (GUEDES, 2008). No entanto, se admite a aceitação de qualquer meio de prova, inclusive gravação de conversa, imagens, vídeos, bilhetes, entre outros, não se exigindo prova

robusta e inconcussa da vítima, visto que esse crime ocorre às escondidas, sem presença de testemunhas. Nesse sentido, manifesta-se o Tribunal Superior do Trabalho:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO POR COLEGA DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O assédio sexual consiste no ato de constranger alguém objetivando a prática sexual, ato este que se revela nas formas verbal e não verbal. Inclui contatos físicos de cunho libidinoso, utilizando-se o assediador de intimidação ou ameaça, dentro do ambiente de trabalho ou fora dele, sempre a advir da relação profissional. Trata-se, assim, de uma grave e execrável violência à dignidade e à liberdade do ser humano no seio laboral. É certo que o ônus da prova incumbe à parte que alega (art. 818, CLT), sendo da vítima do assédio o encargo de provar sua ocorrência, não podendo ser presumida. No entanto, a prova deve ser flexibilizada nesse aspecto, porquanto consciente o assediador da natureza abominável de seus atos, realiza-os de forma furtiva, longe do alcance de câmeras de vigilância e de olhares de terceiros, mostrando-se o ilícito de difícil comprovação em juízo. Desta feita, a jurisprudência é pacífica em dispensar prova robusta do assédio sexual, entendendo-se comprovado apenas com a mera prova indiciária. Em se tratando de uma espécie de prática contra a liberdade sexual, normalmente o assédio não tem testemunha ocular, devendo neste tipo de conduta ser valorado o depoimento da vítima, juntamente com indícios e presunções. Assim, é possível que a vítima não faça prova direta do assédio, mas prove que o assediador teve um comportamento de desrespeito à dignidade dos seus colegas de trabalho, tendo o costume de assediá-los. O fato de não ser o assediador superior hierárquico afasta o tipo penal, mas não descaracteriza o ilícito sob o enfoque trabalhista, haja vista a incidência do art. 932, III, do CC. No caso dos autos, a Corte local manteve a condenação em dano moral, concluindo que a ausência de negativa das tentativas de assédio, além da demissão do empregado após a ciência do fato, conduzem à convicção da ocorrência do assédio sexual. Intangível essa moldura fática (TST, Súmula nº 126), não se viabiliza a revista por violação aos arts. 7º, XXVIII, da CF, e 186, 927, ou 932, III, do CC. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Data de Julgamento: 15/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014).

O que o supracitado agravo de instrumento reafirma é que o ônus incumbe à parte que alega, porém a prova pode ser flexível, eis que os atos do assediador ocorrem clandestinamente sendo difícil a comprovação em juízo. Por isso, a jurisprudência é pacífica em dispensar a prova robusta dando relevo especial à palavra da vítima. Importante ressaltar que o assédio sexual desencadeia uma série de problemas psicológicos nas vítimas, podendo ocasionar danos irreparáveis em suas vidas. Além de gerar grande tensão psicológica, angústia, medo de ficar sozinha no posto de trabalho, sentimento de culpa e autovigilância acentuada (BARRETO, 2013, p. 139-140).

Há várias formas de se evitar o assédio sexual. Uma delas é instituir medidas preventivas no ambiente de trabalho, devendo a empresa estabelecer uma política de conduta e código de ética a fim de motivar o respeito mútuo entre os trabalhadores além de divulgar informações sobre os assédios e criar procedimentos para recebimento de queixas/denúncias dos assédios, tais como assegurar garantias aos trabalhadores em caso de denúncia, com a obrigação de manter a privacidade. A base da prevenção se dá através de procedimentos reclamatórios, isto é, a partir do momento em que há a reclamação da vítima se iniciam as providências a serem tomadas no intuito de evitar e desestimular o assédio moral e sexual (BRITO; PAVELSKI, 2012, p. 20). Um instrumento muito importante é a denúncia. Não aceitar o assédio sexual é refutar a visão que as mulheres sejam vistas como objetos sexuais passivos ou como vítimas frágeis dos homens. É afirmar o controle sobre sua própria sexualidade e colocá-la como sujeito de direitos dentro da sociedade não a submetendo aos papeis sociais tradicionais. Cabe ao empregador fiscalizar o ambiente de trabalho coibindo o abuso de poder nas relações de trabalho e exercitando medidas para impedir tais práticas, de modo que as relações no trabalho se desenvolvam em clima de respeito e harmonia.

Não obstante, a vítima também pode realizar algumas ações para coibir a prática dos assédios, como servir de prova numa possível ação judicial (BRASIL, 2011). São elas: resistir e anotar com todos os detalhes as humilhações sofridas; dar visibilidade às humilhações e investidas, procurando ajuda dos colegas, principalmente aqueles que já passaram pelas mesmas situações; buscar apoio dentro e fora da empresa, junto de colegas e/ou familiares; evitar conversar com o assediador sem testemunhas (ir sempre com um colega ou representante sindical); procurar seu sindicato e relatar os fatos; denunciar os assédios ao Ministério Público do Trabalho e Emprego ou nas Delegacias Regionais do Trabalho do seu Estado. A competência para processar e julgar ações relacionadas a assédio sexual ocorridas no ambiente de trabalho é da Justiça do Trabalho, ou seja, ela é o ramo especializado para a apreciação do litígio. Nesse sentido (PAMPLONA, 2001) ressalta que

> a Emenda Constitucional nº 45/2004, modificou substancialmente as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho, tendo destrinchado o caput original do art. 114, 'asseando-o' e limitando, em seus artigos, a nova competência trabalhista. Desta forma as denúncias deverão ser realizadas nos sindicatos de cada categoria, no Ministério do Trabalho e Emprego ou

> nas Delegacias Regionais do Trabalho e Emprego de cada Estado. (PAMPLONA, 2001 p. 123)

Por fim, devemos destacar que a culpa nunca é da vítima. Só existe assédio porque existe o assediador, e é essa figura que devemos combater. Infelizmente, somente a proteção legal não se mantém, os meios processuais falham ao inviabilizarem a ocorrência das formas de discriminação nas relações de trabalho. É necessário que a sociedade se conscientize no sentido de que a vítima, em especial a mulher, merece ser respeitada enquanto ser humano e sujeito de direitos.

5 Análise Jurisprudencial em Santa Catarina

Através de uma análise simples da jurisprudência catarinense, foram encontrados diversos casos paradigmáticos envolvendo assédio sexual. Dentro desse tema, as principais discussões dos órgãos colegiados se dão acerca dos seguintes aspectos: sobre a indenização em si – quando ela é devida e quando não é; sobre o *quantum* indenizatório – quanto é devido para que seja justa a reparação ao dano; sobre elementos probatórios – de quem é o ônus da prova ou quais provas são consideradas válidas. O entendimento pacificado pela jurisprudência é de que a indenização sempre é devida quando efetivamente comprovada à prática de um ato ilícito e o dano moral gerado subsequentemente por esse ato, em outras palavras, com o devido nexo causal estabelecido. Tal entendimento se encontra colacionado abaixo:

> Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Comprovada a prática de assédio sexual, moral, a violação à honra, à dignidade, ao decoro, à integridade moral, resta configurada a ocorrência de dano, ensejador de indenização compensatória. (BRASIL. Publicado em 12 de maio 2016).

Nesse sentido, é importante destacar que as provas são elementos basilares para a possibilidade de indenização. Assim sendo, não há como exigir a indenização sem o mínimo de segurança probatória sobre o ato causador de dano.

O Tribunal Superior do Trabalho sustenta, também, que a indenização é devida pois afronta a dignidade do ser humano que é princípio constitucional. Ademais, relembra

alguns elementos importantes para que esteja caracterizada a conduta de assédio sexual, como é demonstrado abaixo:

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. **ASSÉDIO SEXUAL. AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO.O assédio sexual fere o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecida pela Carta Magna em seu art. 1º, inciso III.** (...) **Assim, é devida a indenização por danos morais quando demonstrado o comportamento absolutamente impróprio do representante legal da reclamada que, em evidente abuso de autoridade e valendo-se de sua posição hierarquicamente superior, pressionava a reclamante com o fim de obter favores de natureza sexual**. (BRASIL. Publicado em 24 de jun 2016)

Entende-se, portanto, que para que esteja caracterizada a conduta de assédio sexual é preciso que estejam presentes a intenção de chantagem, de vantagem, de extorsão e/ou de obtenção de privilégio a partir do posto de trabalho. Além disso, a conduta precisa ser repetitiva ou persistente. Dessa forma, é preciso estar evidente que essa situação se trata de típico abuso das relações de poder que advêm da posição hierarquicamente superior do assediador em relação à vítima assediada. Os atos de assédio podem até ocorrer fora do ambiente de trabalho, entretanto, a posição privilegiada do superior hierárquico deve ter sido utilizada como instrumento de opressão para que se consumasse o ato ilícito.

Neste sentido, é elucidativo o relatório da Juíza Maria Aparecida Caitano, no processo n.º 03359-2008-038-12-00-1, em que ela esclarece que o assédio sexual, para que seja configurado, deve valer-se, necessariamente, do posto de trabalho como um meio de extorsão de privilégios ou vantagens indevidas. Para identificar esses casos, o que a jurisprudência costuma considerar frequentemente são as características de persistência e ameça, as quais são fortes evidências do assédio sexual. É importante esclarecer que a indenização não é cabível quando não houve a recusa pela parte da suposta vítima de assédio ou quando a conduta de uma das partes era autorizada pela outra. Geralmente, esse tipo de situação ocorre quando as partes já se constituíam como um casal, quando a relação entre as partes já ultrapassa a relação de colegas de trabalho.

De toda forma, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região posiciona-se no sentido de que se era possível presumir o consentimento – se houvesse uma relação preestabelecida, ou se não houve a clara refutação pelo assediado – não é devida a indenização (Processo: Nº 06880-2009-035-12-00-2. Relator: Juiz Amarildo Carlos De Lima. Publicado no TRT-SC/DOE em 19/10/2010). Em algumas situações, é possível que a vítima tenha sido coagida a aceitar o ato do assediador por medo de perder o posto de trabalho ou por quaisquer outras ameaças. Se esse for o caso, certamente o direito de indenização não será perdido. Todavia, cabe à própria vítima o ônus de provar que foi coagida e de justificar o seu "aceite", geralmente utilizando-se do depoimento pessoal. Entende-se que a jurisprudência, ao estabelecer tal restrição – da necessidade de recusa – visa apenas se proteger da utilização indevida dos fins da Justiça do Trabalho. Então, não raramente, são encontradas situações em que as partes litigantes recorrem à Justiça do Trabalho apenas com a finalidade de se vingar uma da outra, utilizando o pretexto do ambiente de trabalho para levar o litígio a outra esfera judicial.

Superados os pontos de quando a indenização é devida ou não, cabe discutir qual é o *quantum* indenizatório justo para cada caso em análise. A jurisprudência preza pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao fixar o *quantum* indenizatório. Nesse sentido, a indenização deve trazer satisfação ao dano causado à vítima, trazendo-lhe algum conforto moral e psicológico, além de, ao mesmo tempo, servir como desestímulo à reincidência do assediador. Ademais, seguindo diversas orientações doutrinárias sobre responsabilidade civil, a jurisprudência também leva em consideração a capacidade financeira do opressor (ou a capacidade financeira da empresa para qual o opressor presta serviços) para que haja proporcionalidade e o grau de culpabilidade do ato para que haja razoabilidade. (Processo: Nº 0007176-15.2013.5.12.0002. Relator: Juiz Roberto L. Guglielmetto. Publicado no TRTSC/DOE em 12-07-2016.) Como não há previsão legal expressa sobre o valor da indenização, é comum que o *quantum* indenizatório seja discutido até a instância superior, qual seja, o Tribunal Superior do Trabalho. Nessas situações, o TST costuma se basear nos mesmos princípios infracitados e as decisões são tomadas levando-se em consideração o poder aquisitivo das partes em cada caso específico.

Sobre os elementos probatórios, preliminarmente e apesar de já ter sido mencionado anteriormente, destaca-se que o ônus probatório é sempre da parte reclamante por se tratar de fato constitutivo do direito pleiteado e também por ser impossível a produção de prova negativa pela parte reclamada. É entendimento já pacificado que, nos casos de assédio sexual, a inversão do ônus da prova é impossível. (Processo: Nº 0005520-26.2010.5.12.0035. Relatora: Juíza Viviane Colucci. Publicado no TRTSC/DOE em 13-08-2012). Apesar do ônus da prova ser do reclamante, o Tribunal da 12ª Região não é omisso em relação às dificuldades experimentadas pela vítima de assédio sexual para produzir provas em sua defesa. Assim sendo, a jurisprudência autoriza a utilização de diversos meios de provas – gravação de conversa, imagens, vídeos, bilhetes, entre outros – sem excluir o ônus da prova da parte autora, como pode-se observar em:

> Ementa: ASSÉDIO SEXUAL. **ÔNUS DA PROVA. Não se ignora a dificuldade que a vítima enfrenta para provar o assédio sexual por ela sofrido, porquanto os atos que o caracterizam são praticados habitualmente longe de testemunhas. Apesar disso, o ônus de demonstrá-lo é da parte que alegou o fato** (art. 333,I, do CPC e art. 818 da CLT)**,que poderá ser ultimado por elementos indiciais indiretos.** (BRASIL. Publicado no TRTSC/DOE em 14-03-2013).

Conclui-se que a jurisprudência, apesar de flexibilizar bastante as possibilidades de obtenção de provas, é ríspida quanto a necessidade de provas para possibilidade de indenização.

6 Considerações finais

Mulheres e homens sofrem diversos tipos de violências sexuais. As mulheres, especificamente, sofrem de forma mais recorrente e sistemática nos casos de assédio sexual – uma das formas de manifestação dessas violências. O assédio sexual está muito presente no ambiente de trabalho, apesar de não se manifestar apenas ali. Ele consiste em manifestações explícitas ou implícitas, constantes ou não, de cunho sensual ou sexual, sem que a vítima as deseje. As vezes se manifesta de forma sutil, podendo ser apenas uma 'cantada', ou um 'convite para sair', até mesmo uma promoção de cargo para a mulher. Além de ter algumas modalidades de assédio sexual, a lei brasileira tipifica apenas o assédio

sexual por chantagem (Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que introduziu no Código Penal o artigo 216-A). Por sua vez, o assédio sexual por intimidação só gera efeitos na esfera trabalhista, como a rescisão indireta ou a dispensa do assediador por justa causa.

Mesmo sendo mais recorrentes os abusos sofridos pela vítima do seu superior hierárquico, o assédio sexual também pode ocorrer entre colegas de mesmo nível hierárquico. No primeiro caso, aplica-se o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, em que a empregada e o empregado podem considerar o contrato rescindido de forma indireta e ainda pleitear indenização por danos morais. No segundo caso, aplica-se o artigo 482 do mesmo diploma legal, em que o abusador pode ser demitido por justa causa. É à Justiça do Trabalho que cabe a competência para apreciar os pedidos de assédio sexual decorrentes da relação de emprego, conforme artigo 114, da CRFB/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Dentre as consequências que a vítima sofre, além de perder o emprego, há fatores sociais e psicológicos que desencadeiam sequelas, as vezes, irreparáveis. A vítima tem seu rendimento profissional reduzido, é induzida a se achar culpada pelo acontecido, pode desenvolver transtornos psicológicos, angústia, ansiedade e autovigilância acentuada. O assédio sexual é apenas uma das violências sofridas pela mulher. A prática do assédio sexual degrada o ambiente de trabalho que deve proporcionar, antes de qualquer coisa, respeito à dignidade humana. A construção de um ambiente de trabalho saudável e sem violências é de responsabilidade de todos. Cabe ao empregador fiscalizar o ambiente de trabalho, coibindo o abuso de poder nas relações de trabalho e exercitando medidas para impedir tais práticas. Introduzir uma política de ação reclamatória em que a vítima sinta-se segura a denunciar seu abusador fazendo com que o mesmo seja punido e tais práticas sejam coibidas é de suma importância, visto que a base da prevenção se dá através de procedimentos reclamatórios. Cabe à vítima denunciar os abusos, seja nos setores apropriados da própria empresa, seja no Ministério Público do Trabalho e Emprego ou nas Delegacias Regionais do Trabalho; resistir e anotar as humilhações sofridas; procurar ajuda de colegas para que os abusos ganhem visibilidade e saiam do aparato de proteção do silêncio; procurar ajuda à familiares e procurar sempre conversar com o assediador na presença de outros colegas.

A partir da análise dos julgados do TRT da 12ª Região, observou-se que as principais discussões dos órgãos colegiados abordam os aspectos de indenização – quando é devida ou não sobre o *quantum* indenizatório – quanto é devido para que seja justa a reparação do dano e sobre os elementos probatórios – de quem é o ônus da prova ou quais provas são consideradas válidas -. Nesse sentido, é entendimento pacífico da jurisprudência que a indenização sempre é devida quando forem, efetivamente, comprovados a prática do ato ilícito e o dano moral subsequentemente por este ato. O Tribunal Superior do Trabalho sustenta que a indenização é devida, visto que afronta a dignidade do ser humano. Os critérios adotados para determinação do quantum indenizatório pelo TRT da 12ª Região vão ao encontro do Tribunal Superior do Trabalho. Aqui se preza pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para fixar o *quantum* indenizatório. Analisa-se a capacidade financeira do assediador ou da empresa para qual o assediador trabalha para que haja proporcionalidade, e o grau de culpabilidade do ato para que haja razoabilidade. A indenização deve trazer satisfação ao dano causado à vítima, além de desestimular a prática reincidente do assediador. Em relação aos elementos probatórios, afirma-se que o ônus é sempre da parte reclamante, visto a impossibilidade da inversão do ônus da prova nos casos de assédio sexual. Por fim, se entende que a responsabilidade por manter um ambiente de trabalho saudável é de todos e que a vítima nunca é culpada pela violência que sofre.

Referências Bibliográficas:

BARRETO, Margarida Maria Silveira Barreto. **Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC ed. da PUC – São Paulo. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr Editora. 2007.

BRANCO, Fabiana Arend; NEVES, Ney Felipe. **Assédio Sexual nas relações laborais**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.2, 2013.

BRASIL. **Agravo de instrumento em recurso de revista. Nº. 10128-55.2012.5.04.0541.** Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes. Brasília.

15 de outubro de 2014. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=166192&ano_int=2014>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Agravo de instrumento em recurso de revista. N.º 10128-55.2012.5.04.0541**. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Boson Paes. Brasília. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010128-55.2012.5.04.0541&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAIISAAA&dataPublicacao=17/10/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras**. Notícias do TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias?p_auth=jx3eq7jC&p_p_id=101_INSTANCE_89Dk&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_89Dk_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fexport_journal_article&_101_INSTANCE_89Dk_groupId=10157&_101_INSTANCE_89Dk_articleId=3007936&_101_INSTANCE_89Dk_targetExtension=pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. **Assédio Moral e Sexual**. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/programas/pro-equidade/pdf/cartilha-de-assedio-moral-e-sexual>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acesso em: 08 mai. 2016.

_____. **Decreto n.º 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. **Mulheres são as principais vítimas de assédio moral e sexual no ambiente de trabalho.** Notícias do Ministério do Trabalho. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/noticias/3093-mulheres-sao-as-principais-vitimas-de-assedio-moral-e-sexual-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. **Processo: nº 0001962-65.2014.5.12.0048**. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relator: Juiz Jorge Luiz Volpato Recorrente: RAQUEL REINERT KLEINE Recorrida: COMUNIDADE EVANGÉLICA DE CONFISSÃO LUTERANA EM RIO DO SUL - HOSPITAL SAMÁRIA. Florianópolis. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200413832015>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. **Processo: nº 0004057-29.2013.5.12.0040.** Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relator: Juiz Jorge Luiz Volpato Recorrente: MERCADO ABC LTDA. - ME Recorrida:

LUANA STEFFENS SILVESTRE (REPRESENTADA/ASSISTIDA POR SILVANIA STEFFENS). Florianópolis. 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/ProcessoListar.do>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Processo n.º 0000484-11.2012.5.12.0042**. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relatora: Juíza Maria De Lourdes Leiria Recorrente: ELISABETE JANTSCH Recorrido: POSTO SCARIOT LTDA. Florianópolis. 14 de março de 2013. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200197152012>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Processo n.º 0007176-15.2013.5.12.0002**. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relator: Juiz Roberto L. Guglielmetto. Recorrente: TATIANE ANTUNES DOS SANTOS Recorrido: MRM MALHAS LTDA. Florianópolis. 12 de julho de 2016. Disponível em <http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/ProcessoListar.do>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Processo: nº 03359-2008-038-12-00-1.** Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relatora: Juíza Maria Aparecida Caitano. Recorrente: SADIA S.A. Recorrido: SONIA MARA RODRIGUES. Florianópolis. 08 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200127602009>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Processo n.º 06880-2009-035-12-00-2**. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relator: Juiz Amarildo Carlos De Lima. Recorrente:IANI LOUREIRO FERNANDES BAGGIO Recorrido: MANOEL DEMETRIO CARDOSO. Florianópolis. 19 de outubro de 2010. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200114462010>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Processo n.º 0005520-26.2010.5.12.0035**. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Relatora: Juíza Viviane Colucci. Recorrente: FÁTIMA ZANANDREA AGOSTINHO Recorrido: CONDOMÍNIO MERIT PLAZA FLAT RESIDENCE ROGÉRIO ZOSCHKE. Florianópolis. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200000702012>. Acesso em: 13 ago. de 2016.

_____. **Projeto de Lei 6.757/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465837>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. **Processo: Nº 672-75.2011.5.15.0132**. Tribunal Superior do Trabalho. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 15/06/2016. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 24/06/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRITO, Myla Marcellino; PAVELSKI, Ana Paula. **Assédio sexual no direito do trabalho: a reparação do dano e o ônus da prova**. PUC/PR, 2012. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/assedio_sexual_no_direito_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2016.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **O assédio moral no trabalho e a responsabilidade da empresa pelos danos causados ao empregado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6668>. Acesso em: 05 jul. 2016.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. OIT – Igualdade Racial 05, 2006.
Disponível em:
<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

DAMAZIO, Celeste Donato Delgado. **Assédio moral no trabalho no âmbito da CLT.**
Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14095>. Acesso em: 06 jul. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Vamos falar sobre assédio sexual**. Cartilha de Orientações. Disponível em:
http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/folderassedio.pdf. Acesso em: 06 jul. 2016.

DUARTE, Bento Herculano; SOARES, Fernanda de Carvalho. **O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro**. R. Fórum Trabalhista – RFT | Belo Horizonte, ano 3, n. 11, mar./abr. 2014. Disponível em:
<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/06/O-assedio-moral-no-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

DUTRA, Lincoln Zub. **O Papel do Assédio Sexual na Discriminação da Mulher nas Relações de Trabalho**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano VII, nº 13, jan/jun 2015. ISSN 2175-7119.

FILHO, Rodolfo Plampona. op. cit, 2001. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1826>. Acesso em: 16 ago. 2016.

GARCIA, I. S. &Tolfo, S. R. **Assédio moral no trabalho: uma responsabilidade coletiva**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23n1/a21v23n1.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio Moral - A violência perversa no cotidiano**. 5 ed. Editora Bertrand Brasil, 2002.

KODAMA, Teresa Cristina Della Monica. **Cartilha de orientação sobre os direitos trabalhistas da mulher**. São Paulo: OAB, 2012.

LATIF, Omar Aref Abdul. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1826>. Acesso em: 02 jul. 2016.

LIMA, Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de. **A proteção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico nacional e internacional e os mecanismos asseguratórios**. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba a. 35, n.65, Jul./ Dez. 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral no emprego**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaro. **O assédio moral no ambiente do trabalho**. 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Plampona. **Assédio sexual: questões conceituais**. São Paulo: LTr, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Plampona. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

PEDUZZI, Maria Cristina Irogoyen. **Assédio moral**. Revista TST, Brasília, vol. 73, nº2. Abril/junho 2007. Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/1.+Ass%C3%A9dio+moral.> Acesso em: 01 jul. 2016.

PORTUGAL. **Prevenção e combate de situações de assédio no local de trabalho: um instrumento de apoio à autorregulação. Assédio no trabalho: conhecer, prevenir, combater.** Comissão Para Igualdade no Trabalho e Emprego. Guia informativo. Março de 2013. Disponível em:http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/guia_informativo.pdf. Acesso dia 05/06/2016<http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/guia_informativo.pdf>. Acesso em: 05 jul de 2016.

SANTOS, Aloysio. **Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Cartilha sobre Assédio Moral.** Brasília. SINASEMPU, 2005. Disponível em: <http://www.ouvidoria.mppr.mp.br/arquivos/File/cartilha.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

ZANETTI, Robson. **Assédio moral no trabalho**. Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://www.segurancanotrabalho.eng.br/download/assediomoral.pdf>. Acesso em: 05 jun. de 2016.

CONTRATO DE REDE DE EMPRESAS: UMA ALTERNATIVA PARA ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Eduardo Moretti**

Resumo: O presente artigo analisa e descreve o Contrato de Rede de Empresas, contrato positivado pelo ordenamento jurídico italiano através do Decreto lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009, abordando os objetivos perseguidos pelo tipo contratual e seus elementos caracterizadores, bem como conjectura sobre as repercussões da adoção deste Contrato pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, este artigo debruça-se sobre a base legal do Contrato de Rede de Empresas, investigando a origem do Decreto lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009 e a estrutura demandada por contratos dessa espécie.

Palavras-chave: Rede de Empresas. Contrato plurilateral. Associação entre empresas. Contrato de Rede de Empresas.

Abstract: The present work analyses and describes the Contract Of Interfirm Network, established in Italian Law by the Decree-Law no. 5/2009 of February, considering its objectives and main features, as well as predict the impact of adoption of this Contract in brazilian legal system. To do so, this work scrutinizes the legal base of Contract Of Interfirm Network, investigating the origin of Decree-Law no. 5/2009 of February and the structure claimed by this kind of contract.

Keywords: Interfirm Network. Multilateral agreement. Association between enterprises. Contract Of Interfirm Network.

1 Introdução

O termo Rede de Empresas[1] é utilizado na linguagem cotidiana e pode ser definido, nesse contexto, como o agrupamento de empresas autônomas, que estabelecem um relacionamento de caráter cooperativo[2].

Sob a perspectiva legal, uma Rede de Empresas pode assumir variadas formas jurídicas, como, por exemplo, consórcio, *joint venture* ou *franchising*. Por tal motivo, deve-se ter clara a distinção entre o fenômeno econômico das Redes de Empresas — que, como já visto, pode assumir diversas formas jurídicas — e a figura específica do *Contrato de Rede de Empresas*, que, por sua vez, representa o instrumento proposto pelo legislador italiano no Decreto lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009[3]. Este instrumento, cumpre salientar, não regulamenta de maneira global o fenômeno econômico das Redes de Empresas, mas sim um particular modelo de realização deste fenômeno[4].

O presente artigo visa, então, identificar as características elementares do *Contrato de Rede de Empresas*, enquanto contrato tipificado pelo ordenamento jurídico italiano, a fim de compará-lo com as alternativas disponíveis no ordenamento brasileiro.

Ante esse contexto, este trabalho se debruça sobre o seguinte problema: a positivação do Contrato de Rede de Empresas no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes do Decreto lei italiano n. 5, de 10 de fevereiro de 2009, seria capaz de promover desenvolvimento da competitividade de mercado e capacidade inovativa das empresas brasileiras?

---

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Ius Gentium - UFSC/CNPq. Currículo Lattes:http://lattes.cnpq.br/4084531712830444.
O autor agradece ao Prof. Matteo Ceolin, da Università degli studi di Padova - Itália, ministrante da disciplina de Diritto delle reti d'impresa, que marcou o contato inicial do autor com a temática deste artigo, e cuja orientação foi fundamental para a consecução deste trabalho.

[1] A expressão 'Contrato de Rede de Empresas' será utilizada para se referir ao contrato regulamentado pelo ordenamento italiano no art. 3, comma 4-ter e comma 4-quarter do Decreto Lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009.

[2] Sobre o conceito Rede de empresas, ver TRIPPUTI, Elisabetta Maria. Il Contrato di Rete, in NLCC 2011, p. 56 ss; BRITTO, Jorge. Cooperação interindustrial e redes de empresas. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Cap. 15, p. 345-388

[3] TRIPPUTI, Op. cit., p. 65

[4] Ibidem, p. 58.

Conclui-se, ao final deste artigo, que a positivação do Contrato de Rede de Empresas no Brasil seria bastante salutar à indústria nacional, pois se trata de um instrumento jurídico capaz de potencializar os resultados econômicos das empresas brasileiras, especialmente no que tange a competitividade de mercado e capacidade inovativa, e que é pensado para uma realidade industrial caracterizada por um grande número de pequenas e médias empresas, portanto extremamente compatível com a realidade brasileira[5].

2 Contrato de Rede de Empresas

2.1 Base legal

O Contrato de Rede de Empresas, enquanto contrato positivado pelo ordenamento jurídico italiano é regulamentado no art. 3, comma 4-*ter* e comma 4-*quarter* do Decreto lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009. Apesar de ser uma lei relativamente recente, já sofreu quatro alterações legislativas[6], que modificaram substancialmente a disciplina do referido contrato.

Deve-se salientar, de início, que o Contrato de Rede de Empresas é uma espécie contratual com baixo grau de regulamentação[7], uma vez que o legislador se limitou a definir um conteúdo mínimo do contrato, sem discipliná-lo detalhadamente e de modo exaustivo[8]. Parte da doutrina entende, inclusive, que é justificado se falar em atipicidade de conteúdo[9], com delegação plena de poderes à autonomia privada.

---

[5] De acordo com o SEBRAE, 98% das empresas instaladas em território brasileiro são caracterizadas como Micro e Pequenas Empresas. Um relatório completo sobre a situação das micro e pequenas empresas instaladas no Brasil pode ser encontrado em <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros/10138-onde-estao-as-micro-e-pequenas-empresas-no-brasil>.

[6] As quatro leis que alteraram a disposição originária foram: (i) lei n. 99/2009; (ii) lei n. 122/2010; (iii) lei n. 134/2012 e, finalmente, (iv) lei n. 221/2012. Sobre as modificações promovidas, ver: DELLE MONACHE, Stefano. Il contratto di rete tra imprese, in <www.judicium.it>, p. 1ss.

[7] FESTI, Fiorenzo. La nuova legge sul contratto di rete, in NGCC 2011, p. 539.

[8] TRIPPUTI, Op. cit., p. 89.

[9] DELLE MONACHE utiliza a expressão "*Aticipità contenutistica*".Ver: DELLE MONACHE, Op. cit., p. 17.

2.2 Definição legal, objetivos perseguidos e modalidades

Após as modificações legislativas citadas anteriormente, o comma 4-*ter*, do art. 3, do Decreto lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009, assumiu a seguinte redação:

> *Con il contratto di rete più imprenditori*[10] *perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa* [11] [...]

Conclui-se, a partir da leitura do texto legal supracitado, que o Contrato de Rede de Empresas persegue dois objetivos: (i) aumentar a capacidade inovativa das empresas participantes da rede[12] e (ii) aumentar a competitividade de mercado das empresas participantes da rede.

No que tange aos objetivos perseguidos, cabe ainda ressaltar que o Contrato de Rede de Empresas é um contrato plurilateral[13], e, portanto, possui um escopo comum. Ou seja, todos os participantes da rede perseguem o mesmo fim, que deve, obrigatoriamente, estar relacionado ao aumento da capacidade inovativa e da competitividade de mercado das empresas participantes da rede.

Acerca das modalidades de execução do contrato, são três as opções: (i) colaborar em formas e em âmbitos predeterminados relacionados às atividades das empresas participantes da rede; (ii) trocar entre si informações ou prestações de natureza industrial,

---

[10] Interesse destacar que o Contrato de Rede de Empresas só pode ser celebrado entre sujeitos caracterizados como empresários, isto é, pode ser celebrado entre empresários individuais, sociedades de pessoa e sociedades de capital. Sobre o tema, ver: FESTI, Op. cit., p. 540; TRIPPUTI, Op. cit., p. 59.

[11] Com o contrato de rede, vários empresários perseguem o objetivo de aumentar, individualmente e coletivamente, a própria capacidade inovativa e a própria competitividade de mercado e a tal fim se obrigam, sobre a base de um programa comum de rede, a colaborar em formas e em âmbitos predeterminados relativos às atividades das próprias empresas ou a trocar entre si informações ou prestações de natureza industrial, comercial, técnica ou tecnológica ou, ainda, exercer em comum uma ou mais atividades abrangidas pelo âmbito de atuação de alguma das empresas (tradução livre).

[12] No que tange a capacidade inovativa, não se trata apenas de modernizações tecnológicas, mas também daquelas de natureza organizativa ou comercial. Nesse sentido, consultar FESTI, Op. cit., p. 542.

[13] DELLE MONACHE, Op. cit., p. 5.

comercial, técnica ou tecnológica; (iii) exercer em comum atividades características das empresas participantes da rede[14].

2.3 Conteúdo mínimo obrigatório

Conforme já mencionado, o Contrato de Rede de Empresas é um contrato com baixo grau de regulamentação[15], entretanto isso não significa que ele não tenha um conteúdo mínimo obrigatório. O comma 4-*ter*, do art. 3, da lei n. 33/2009, define que o mencionado contrato deve indicar alguns elementos, como o nome, a razão ou denominação social dos participantes; os objetivos estratégicos de inovação e de acréscimo da capacidade competitiva dos participantes e os procedimentos acordados para mensurar a progressão desses objetivos; o programa de rede, contendo a enunciação dos direitos e das obrigações assumidas por parte dos participantes e a modalidade de execução do contrato; a duração do contrato, bem como as modalidades de adesão e, se acordado, as causas facultativas de recisão antecipada do contrato e as condições para o exercício deste direito; e, por fim, regras sobre as deliberações dos participantes da rede.

No que tange à indicação dos objetivos estratégicos, a doutrina italiana reforça que estes devem ser descritos de modo claro e objetivo, não sendo permitida uma indicação implícita ou vaga[16].

O programa de rede, elemento central do contrato em análise, deve definir os direitos e as obrigações assumidas por parte de cada participante. Esses direitos e obrigações, entretanto, têm seus conteúdos preenchidos pela autonomia das partes, que é praticamente ilimitada neste ponto[17]. Ademais, o programa de rede também deve indicar a modalidade de execução do contrato e a atividade que será desenvolvida pela rede[18]. Caso o contrato preveja a instituição de um fundo patrimonial comum, o programa de rede deve

[14] Deve-se entender o exercício em comum de uma ou mais atividades de empresa em sentido lato senso, ou seja, sem distinguir atividade principal e secundária no âmbito das empresas participantes da rede. O único limite é que deve se tratar de atividade incluída no âmbito de atuação de alguma das empresas participantes da rede. Sobre o tema, ver: DELLE MONACHE, Op. cit. , p. 21.
[15] FESTI, Op. cit., p.539.
[16] DELLE MONACHE, Op. cit., p. 16.
[17] DELLE MONACHE, Op. cit., p. 8.
[18] TRIPPUTI, Op. cit., p. 70.

indicar, ainda, outros elementos, que serão detalhados no subtópico que tratará especificamente sobre o fundo patrimonial comum.

No que concerne à duração, por se tratar de um contrato que deve obrigatoriamente indicar um objetivo a ser atingido, é inadmissível estabelecer a duração do contrato como indeterminada[19]. Deste modo, as partes tem a opção de estabelecer uma data fixa ou prever um termo móvel, fixado em relação ao progresso do objetivo indicado no contrato[20].

A autonomia privada também prevalece no que tange à adesão de novos membros na rede. Para a doutrina[21], cabe às empresas participantes do contrato definir se a rede será aberta ou fechada à entrada de novos integrantes. Caso a rede aceite novos membros, serão os próprios participantes da rede que estabelecerão os critérios e as modalidades de adesão[22].

Por fim, as empresas participantes do Contrato de Rede de Empresas também dispõem de ampla autonomia para regulamentar os casos e as modalidades de recisão antecipada do contrato[23], bem como para estabelecer regras sobre deliberação, inclusive acerca da modificação do programa de rede[24].

2.4 Elementos organizativos facultativos

Conforme mencionado, a estrutura do Contrato de Rede de Empresas é bastante flexível, delegando às empresas participantes ampla liberdade. De acordo com o referido Decreto Lei n. 5, de 10 de fevereiro de 2009,, "*Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire*[25]", ou

[19] FESTI, Op. cit., p . 545. De forma contrária, TRIPUTTI entende que, na ausência de vedação expressa, é difícil definir se a duração predeterminada do contrato constitui um elemento essencial ou se seria admissível a estipulação de duração indeterminada. Ver: TRIPPUTI, Op. cit., p. 82.
[20] FESTI, Op. cit., p . 554.
[21] Sobre o assunto, estão de acordo, entre outros, TRIPPUTI, Op. cit., p. 83; FESTI, Op. cit., p . 546; DELLE MONACHE, Op. cit., p.5.
[22] FESTI, Op. cit., p . 546.
[23] TRIPPUTI, Op. cit., p. 83.
[24] FESTI, Op. cit., p . 546
[25] O contrato pode também prever a instituição de um fundo patrimonial comum e a indicação de um órgão comum encarregado de gerir (tradução livre).

seja, o Contrato de Rede de Empresas pode[26] — se assim as partes contratantes desejarem — prever a instituição de um fundo patrimonial comum e de um órgão comum encarregado pela gestão, que são elementos organizativos[27] facultativos.

2.4.1 Fundo patrimonial comum

A estipulação de um fundo patrimonial implica constituição um patrimônio independente, a partir de contribuições das empresas participantes, destinado preferencialmente a satisfazer os credores da rede[28].

Para que a rede possa se tornar um sujeito de direito autônomo, entretanto, é preciso seguir um procedimento específico, que será detalhado no subtópico *2.6*[29]. Deve-se salientar, porém, que as redes dotadas de órgão gestor e fundo patrimonial comum, ainda que não tenham seguido o procedimento exigido para se tornar um sujeito de direito autônomo, gozam de relativa autonomia patrimonial, pois os credores podem fazer valer o seus direitos exclusivamente sobre o fundo comum, no caso de obrigações assumidas pelo órgão comum em relação ao programa de rede[30].

Conforme já mencionado, o fundo patrimonial comum é constituído através de contribuições das empresas participantes da rede. Ademais, são as próprias empresas que devem estabelecer[31] os critérios de valoração das contribuições[32], assim como as regras de gestão deste fundo. Impele ressaltar que podem constituir objeto de contribuição, além de dinheiro, bens móveis ou imóveis e direito de crédito, qualquer bem ou serviço suscetível de valoração econômica, como, por exemplo, direito de propriedade industrial, *know-how* ou a prestação de um serviço por parte de uma das empresas aderentes[33].

[26] Caso a rede seja dotada de fundo comum e órgão gestor, ela assume uma estrutura mais articulada e complexa. Sobre o tema, ver: DELLE MONACHE, Op. cit., p.23.
[27] DELLE MONACHE, Op. cit. , p.3
[28] FESTI, Op. cit., p. 544.
[29] A existência de um fundo patrimonial comum é requisito substancial para que a rede torne-se sujeito de direito autônomo.
[30] DELLE MONACHE, Op cit. , p. 28.
[31] É interessante ressaltar que os critérios de valoração das contribuições ao fundo comum, bem como as regras de gestão deste fundo, devem ser definidos no programa de rede.
[32] TRIPPUTI, Op. cit., p. 72
[33] Ibidem., p. 72 ss.

2.4.2 Órgão comum

O órgão comum, por sua vez, tem a função precípua de agir para a execução do Contrato de Rede[34]. Dentre os poderes comumente atribuídos ao órgão comum para desempenhar tal tarefa, está a gestão do fundo comum. Além desses poderes de execução do contrato, o órgão comum ainda dispõe de poderes de representação da Rede[35], visto que a lei indica que o órgão comum, se instituído, age em nome e por conta dos participantes.

Os poderes do órgão comum devem ser precisa e expressamente determinados no Contrato de Rede[36] e, além disso, nada impede que os participantes do Contrato de Rede excluam os poderes de representação do órgão comum[37], o que também deve ser feito de maneira expressa.

Acerca da estrutura do órgão comum, deve-se ressaltar que a lei não predefine qualquer estrutura, de modo que os participantes da rede possuem plena autonomia para definirem se o órgão comum será monocrático ou plurisubjetivo, exercido por um ou mais participantes da rede ou por algum sujeito externo ao contrato e se o órgão será composto por pessoas físicas ou jurídicas[38]. A prática mais comum, entretanto, é a de um órgão comum composto por uma variedade de sujeitos (plurisubjetivo), do qual faz parte um representante de cada empresa participante da rede, num modelo similar ao conselho de administração das sociedades de capital.

2.5 Responsabilização da rede

O legislador italiano limitou-se a disciplinar, de maneira breve, apenas alguns critérios de responsabilização nas redes dotadas de órgão comum e fundo patrimonial comum. Em relação às redes sem esses elementos organizativos, o legislador não estabeleceu qualquer tratamento particular.

[34] FESTI, Op. cit., p. 544.
[35] Se o órgão comum age em representação a uma rede dotada de subjetividade jurídica, ele age em nome da rede; caso a rede, entretanto, não seja dotada de subjetividade jurídica, ele age em representação aos empresários participantes do contrato. Ver DELLE MONACHE, Op. cit., p. 24.
[36] Ibidem, p. 25.
[37] Ibidem , p. 25.
[38] TRIPPUTI, Op., cit., p.79 ss.

No que tange à responsabilização das redes dotadas de órgão comum, existem duas regras: a primeira estabelece que, para as obrigações assumidas pelo órgão comum em relação ao programa de rede, os terceiros podem fazer valer o seus respectivos direitos exclusivamente sobre o fundo patrimonial comum; a segunda invoca, no quanto compatível, os artigos 2.614 e 2615 do código civil italiano, que regulamentam a responsabilização nos contratos de consórcio. De acordo com esses artigos, os consorciados podem responder solidariamente às obrigações assumidas pelo órgão do consórcio por conta de cada um consorciado.

A primeira regra, da responsabilização limitada ao fundo comum, é aplicável, naturalmente, às redes que se tornaram sujeitos de direito autônomos e também às redes que dispõem de fundo patrimonial comum e órgão comum, mesmo sem terem efetuado os registros necessários para se tornarem um sujeito de direito autônomo. O único elemento considerado pelo legislador, de fato, é que as obrigações assumidas devem ter relação com o programa de rede.

2.6 Requisitos formais do Contrato

O Contrato de Rede de Empresas precisa observar, ainda, alguns requisitos formais estabelecidos pela legislação italiana.

Inicialmente, o referido contrato deve ser estipulado por ato publico, escritura privada autenticada ou por ato firmado digitalmente[39]. É interessante destacar que o contrato deve ser inscrito nas seções de registro de empresas em que estão inscritos cada um dos participantes da rede. Esse registro é condição de eficácia do contrato, que inicia a produzir efeitos somente quanto é finalizada a última inscrição. Vale salientar que o registro não configura um elemento de perfectibilização do contrato, pois este já é considerado validamente estipulado e perfectibilizado quando ocorre o acordo entre as partes, mas sim uma condição para que o contrato produza efeitos para além das partes contrates[40].

[39] DELLE MONACHE, Op. cit., p. 6.
[40] TRIPPUTI, Op. cit., p.67.

Caso a rede que deseje tornar-se um sujeito de direito autônomo, ela deve proceder um segundo registro, desta vez na seção ordinária do registro de empresas da circunscrição em que é estabelecida a sede da rede[41]. Vale recordar que, para se tornar um sujeito de direito autônomo, além do requisito formal da inscrição na seção ordinária do registro de empresas, o Contrato de Rede deve prever a instituição de um fundo patrimonial comum.

Qualquer modificação no Contrato de Rede de Empresas deve ser, também, inscrita na seção do registro de empresas[42]. Essas modificações devem ser realizadas por meio de ato modificativo, e este deve ser registrado, obedecendo as mesmas exigências do registro originário, na seção de registro de empresas indicada no próprio ato modificativo[43], de livre escolha dos participantes da rede.

2.7 Aspectos fiscais

Os aspectos fiscais do Contrato de Rede de Empresas são regulamentados pela circular n. 20/E de 2013 da *Agenzia delle entrate* italiana. Tal circular distingue as redes de empresas em duas categorias: rede sujeito e rede contrato, estabelecendo regimes fiscais diversos para cada categoria.

Considera-se rede sujeito aquela rede em que se constituiu um sujeito de direito autônomo, através da mencionada inscrição na seção ordinária do registro de empresas. Essa categoria de rede tem reconhecida uma autonomia tributária. Nas redes contrato, por sua vez, os efeitos fiscais são imputados na esfera jurídica de cada empresa participante.

Por fim, deve-se ressaltar que as empresas que optam por se coligarem através desta espécie contratual dispõem de benefícios fiscais, a serem concedidos no limite de um teto estabelecido anualmente por disposição legal.

[41] DELLE MONACHE, Op. cit., p. 22.
[42] TRIPPUTI, Op. cit., p.69.
[43] Cabe à seção de registro de empresas em que foi procedido o registro o ato modificativo comunicar as demais seções em que o Contrato de Rede de Empresas estiver inscrito.

3 Adoção do Contrato de Rede de Empresas pelo ordenamento jurídico brasileiro

Apesar do Contrato de Rede de Empresas ser um instrumento jurídico pensado pelo legislador italiano — e, portanto, projetado especificamente para a realidade da Itália —, ele se mostra uma espécie contratual bastante promissora a ser adotada em outros países, especialmente naqueles que possuem um panorama industrial repleto de micro e pequenas empresas, como é o caso do Brasil[44].

A espécie contratual em estudo possui uma série vantagens em relação a outras formas jurídicas de agrupamento de empresas. Em relação ao consórcio de empresas, por exemplo, que pode ser definido como um "agrupamento de sociedades, feito através de um contrato, com a finalidade de executar determinado empreendimento[45]", pode-se afirmar que o Contrato de Rede de Empresas possui um perímetro de atividade mais amplo, afinal as partes podem escolher entre três modalidades de execução do contrato, e não apenas um empreendimento específico. Em relação à *Joint venture*, na Itália, o Contrato de Rede de Empresas se mostra mais vantajoso por se tratar de um contrato positivado em lei e, portanto, formalmente reconhecido, inclusive com possibilidade originar um sujeito de direito autônomo.

Ademais, a adoção do Contrato de Rede de Empresas pelo ordenamento jurídico brasileiro representaria o acolhimento de um novo modelo de agrupamento e colaboração entre empresas[46], focado em aumentar a capacidade inovativa e a competitividade de mercado das empresas instaladas em território brasileiro.

Cabe salientar que a globalização da economia tende a aumentar o número de parcerias entre empresas, como importante prática para incremento do desenvolvimento tecnológico, e o Brasil, no atual momento, não dispõe de ferramentas jurídicas para incentivar tal prática entre as empresas brasileiras.

---

[44] De acordo com o SEBRAE, 98% das empresas instaladas em território brasileiro são caracterizadas como Micro e Pequenas Empresas. Um relatório completo sobre a situação das micro e pequenas empresas instaladas no Brasil pode ser encontrado em <http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros/10138-onde-estao-as-micro-e-pequenas-empresas-no-brasil>.

[45] Maria Bernardete. Consórcio de Empresas, in **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania (FAC São Roque),** v. 1, 2010, p. 1ss.

[46] E. M. TRIPPUTI, Il Contrato di Rete, cit., p.90.

Por fim, deve-se ressaltar que o baixo grau de regulamentação do conteúodo do Contrato de Rede de Empresas é um de seus fatores positivos, pois possibilita uma estrutura altamente flexível à vontade das empresas participantes em um contrato positivado em lei, o que é bastante raro. A união desta flexibilidade com o reconhecimento legal do contrato, faz presumir uma progressiva utilização desta espécie contratual com o decorrer do tempo[47]. Considerando que a tendência do mercado sobre a empresa é a simplificação e desburocratização [48], com menor atuação estatal, a tipificação no ordenamento brasileiro de um tipo contratual que prima pela vontade das partes, seria bastante positiva a adoção do Contrato de Rede de Empresas no Brasil.

4 Considerações Finais

Com o presente trabalho, pôde-se verificar que o Contrato de Rede de Empresas tipificado na Itália tem como objetivos aumentar a capacidade inovativa das empresas participantes da rede e aumentar a competitividade de mercado das empresas participantes da rede, especialmente de micro e pequenas empresas, adotando estrutura legal bastante flexível às vontades das empresas participantes da rede.

Ademais, verificou-se que inexiste no Brasil uma espécie contratual capaz de fomentar a colaboração entre empresas e o estabelecimento de parcerias, dificultando a troca entre empresas e diminuindo a competitividade das empresas brasileiras.

Diante do exposto, conclui-se que a adoção do Contrato de Rede de Empresas pelo ordenamento jurídico brasileiro seria uma medida bastante salutar. A positivação desse contrato representaria uma preocupação do legislador brasileiro com capacidade inovativa e, especialmente, com a competitividade de mercado das empresas brasileiras. Tendo em vista que a realidade industrial brasileira e italiana são bastante próximas no que tange ao grande número de pequenas e médias empresas, a espécie contratual possuiria grandes

[47] FESTI, Op. cit., p. 540.
[48] PINHEIRO, Caroline; RAMALHO, Matheus Sousa. A **Sociedade Anônima Simplificada (RE-SAS) e o fenômeno de simplificação das estruturas corporativas**. In: CONPEDI/UFPB, p. 6, 2014

chances de prosperar no Brasil, como ocorre na Itália, sobretudo se mantida a autonomia privada presente na disciplina italiana.

Referências bibliográficas

BRITTO, Jorge. Cooperação interindustrial e redes de empresas. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. (Org.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Cap. 15, p. 345-388.

DELLE MONACHE, Stefano. **Il contratto di rete tra imprese**, in <www.judicium.it>, p. 1-42.

FESTI, Fiorenzo. **La nuova legge sul contratto di rete**, in *NGCC 2011*, p. 535-549, 2011.

PINHEIRO, Caroline; RAMALHO, Matheus Sousa. **A Sociedade Anônima Simplificada (RE-SAS) e o fenômeno de simplificação das estruturas corporativas.** In: CONPEDI/UFPB, p. 1-30, 2014.

TRIPPUTI, Elisabetta Maria. **Il Contrato di Rete**, in *NLCC 2011*, p. 55-91, 2011.

CONTROLE JUDICIAL DA APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

*Gustavo Knaesel Hoffmann**

Resumo: O presente ensaio busca estipular critérios práticos aptos a nortear o controle jurisdicional incidente sobre a aplicação concreta de conceitos jurídicos indeterminados. Para tanto, desenvolve-se a tese de que a atribuição de competência discricionária e o emprego de conceitos fluidos são, ao menos do ponto de vista prático, técnicas legislativas congêneres. Defende-se que, muito embora a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não permita liberdade de volição, caracterizada pela possibilidade de escolha de uma entre várias opções de mérito igualmente válidas perante o Direito, culmina invariavelmente com a concessão de liberdade intelectiva ao aplicador da norma, sobretudo diante de situação fática localizada na zona de incerteza do conceito indeterminado. Refutando-se o antagonismo entre conceitos fluidos e discricionariedade, busca-se delinear os confins da sindicabilidade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, valendo-se da matriz epistemológica garantista. Propõe-se, ao final, um método trifásico de controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, que considera a adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, a legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, a validade da atuação administrativa, relacionada à sua conformação com um plano axiológico-constitucional que lhe outorgue coerência e legitimidade.

Palavras-chave: Conceitos Jurídicos Indeterminados. Discricionariedade. Controle da Administração Pública.

Abstract: This essay seeks to stipulate practical criteria in order to guide the jurisdictional control of the application of indeterminate legal concepts. For this purpose, it develops the thesis that the allocation of discretion and the employment of fluid concepts, at least from a

* Pós-Graduando em Direito Público, com ênfase em gestão pública, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assistente de Procuradoria de Justiça – Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2219390910810463. E-mail para contato: hoffmann.ufsc@gmail.com.

practical point of view, represent congeners legislative techniques. It is argued that, though the concretion of indeterminate legal concepts doesn't allow freedom of volition, characterized by the possibility of choosing one among several valid options before the Law, it culminates with the granting of freedom of intellection to the applicator of the legal standard, notably on the factual situation located in the fluid concept's grey zone. Refuting the antagonism between fluid concepts and discretion, it seeks to outline the possibility of judicial control of the administrative acts that achieve indeterminate legal concepts. It is proposed a three-phase method of control, that considerates the observance of the possible semantic field of the concept, the formal legitimization of the procedure adopted by de Public Administration and the administrative action's validity, related to its conformation with a set of constitutional values, that grants it coherence and legitimacy.

Keywords: Indeterminate Legal Concepts. Discretion. Control of Public Administration.

1 Introdução

Em palestra recentemente proferida ao curso de Pós Graduação da Faculdade Damásio de Jesus, o Prof. José Eduardo Martins Cardozo – ex-advogado-geral da União, ex-ministro da Justiça e cuja notoriedade se deve à atuação na defesa da presidente afastada Dilma Rousseff no processo de impeachment – sustentou que a temática relativa ao controle jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados "está na base de muitos conflitos entre a Administração e o Judiciário na atualidade, em todas as esferas federativas, e representa uma das graves fronteiras de tensão entre os Poderes".[2]

De fato, a discussão a respeito dos conceitos fluidos, sua inserção no âmbito da vinculação ou discricionariedade administrativa e a correlata definição dos limites do controle judicial sobre eles incidente, representam zonas nebulosas no estudo do Direito

[2] CARDOZO, José Eduardo Martins. **Estado de Direito e Separação dos Poderes.** Programa de Pós-Graduação em Direito Público Faculdade Damásio de Jesus, Módulo I – Teoria Geral do Estado, fev. 2016. Disponível em: <http://portal.damasio.com.br/Aluno/CursoOnlineAula.aspx?AulaId=rjFruUCnJgxQ1VoRYnU32A==&CursoId=sAcerA5KrFc=&TurmaId=6E4RX36QZ4g=#titulo>.

Administrativo, o que tem levado ao acirramento dos conflitos entre Administração e Judiciário, sobretudo no que concerne ao controle externo da atividade administrativa.

De um lado, a invocação teratológica de conceitos jurídicos indeterminados tem sido recorrentemente utilizada pelas Administrações Públicas como um atalho para as amarras e entraves típicos do regime jurídico de direito público. Nesse panorama, vale-se o gestor público dos conceitos indeterminados veiculados nos textos normativos como forma de driblar as rigorosas sujeições decorrentes, por exemplo, da Lei de Responsabilidade Fiscal e do plexo de normas atinentes à Licitação Pública e Contratos Administrativos, esquivando-se, paralelamente, do amplo controle jurisdicional sobre sua atuação.

Exemplo claro e recente dessa tendência é a discutível decretação de calamidade pública pelo Estado do Rio de Janeiro, em virtude da crise financeira que assola o ente federado, impedindo-o, em tese, de cumprir com as obrigações assumidas em decorrência da realização das Olimpíadas e Paraolimpíadas Rio 2016.

Por outro lado, o recurso aos conceitos jurídicos indeterminados tem também possibilitado a incursão do Judiciário nos espaços de atuação legitimamente conferidos pelo legislador ao administrador público, com manifesta invasão do mérito administrativo, fenômeno que talvez bem ilustre uma das facetas do chamado ativismo ou protagonismo judicial.

Como assevera Adilson de Abreu Dallari,

> o estudo da história do direito administrativo é de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas sempre tendo como norte a satisfação do interesse público.[3]

Nesse viés, diante do acirramento da tensão entre os Poderes e buscando o distante equilíbrio que falta à temática do controle judicial da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, propõe-se o presente ensaio. Busca-se, em síntese, sugerir um modelo de aferição de legitimidade da atuação administrativa, inspirado na matriz epistemológica garantista, com vistas à racionalização da interferência judicial sobre a concreção dos conceitos fluidos.

---

[3] DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n.141, jan./mar. 1999, p. 77.

2 Definição e estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados, também denominados conceitos vagos, fluidos ou plurivalentes, são aqueles que, por encerrarem significado impreciso e marcado por ampla subjetividade, exigem do intérprete o recurso ao padrão de valores vigorantes na sociedade, culminando, muitas vezes, em intransponíveis dúvidas quanto à sua aplicação ou exclusão ao caso em concreto. É o caso, por exemplo, dos conceitos de reputação ilibada, interesse público, relevância, urgência, justo preço, notória especialização, notável saber jurídico, excepcional valor artístico e cultural, etc.

Carvalho Filho define os conceitos jurídicos indeterminados como

> termos ou expressões, contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.[4]

Odete Medauar os conceitua enquanto "fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no privado, como, por exemplo, boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para as pessoas, ordem pública".[5] Justen Filho, por sua vez, como "expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto".[6]

Sob o ponto de vista estrutural, os conceitos fluidos compreendem (i) um núcleo fixo (*begriffkern*), ou zona de certeza positiva, configurado por dados prévios e seguros, onde não há dúvidas quanto à aplicabilidade dos conceitos, (ii) uma zona intermediária ou halo conceitual (*begriffhof*), onde não se dá certeza quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, finalmente, (iii) a zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito.[7]

Em conhecida metáfora, o jurista argentino Genaro Carrió afirma que, ao dissecar-se a estrutura dos conceitos fluidos, observa-se uma zona de luz, onde se agrupam as situações em que não há qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do conceito, circundada

---

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 55/56.
[5] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.
[6] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.
[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 396.

por uma zona de obscuridade, onde se inserem todos os casos nos quais o conceito é certamente inaplicável. O trânsito de uma zona a outra é lento e gradual, ou seja, entre a luminosidade e o breu há uma extensa zona de penumbra, sem limites precisos, que "paradoxalmente não começa e nem termina em lugar algum e, sem embargo, existe".[8]

Em abordagem igualmente clara e autêntica, Hebert Hart, no clássico O conceito de *Direito*, visando ilustrar as zonas limítrofes de aplicação dos conceitos normativos, propõe as seguintes indagações: um hidroavião pode ser considerado um barco? Pode ser chamado de xadrez um jogo disputado sem as rainhas? Quanto cabelo deve ter um homem para poder ser considerado calvo? Conclui o jusfilósofo inglês que

> um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, poderia ser discutida indefinidamente.[9]

As alegorias Hart, embora não se refiram propriamente a conceitos jurídicos indeterminados, bem exemplificam o que se entende por zonas de incerteza ou halos conceituais, aqui definidas como zonas de penumbra que ocultam a verdade quanto à (in)aplicabilidade do conceito no caso concreto. E, traçando-se um paralelo entre as alegorias de Hart e a temática dos conceitos indeterminados é possível esboçar exemplos mais próximos à realidade do Direito brasileiro, senão vejamos.

O artigo 25 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) define como inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos relativos ao patrocínio de causas judiciais ou administrativas, nas hipóteses em que tais serviços sejam prestados por profissional ou empresa de notória especialização.

É evidente que um advogado que conta com primorosa formação acadêmica, numerosas publicações de livros e artigos científicos na área de especialização que se busca contratar, longa e consolidada atuação profissional e reconhecimento unânime pelos seus pares deveria ser considerado de notória especialização e, portanto, localizado na zona de certeza positiva do conceito.

Por outo lado, a contratação de um jovem recém-formado em Direito, egresso de uma universidade de qualidade questionável e com pífio desempenho acadêmico,

[8] CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y Lenguaje**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 31-32.
[9] HART, H. L. A. **El concepto de derecho.** Tradução por Genaro Carrió. 2ª ed. Mexico: Nacional, 1980, p. 5.

seguramente, inserir-se-ia na zona de certeza negativa do conceito, onde não há qualquer dúvida quanto à não aplicação do conceito de "notória especialização".

Entre as zonas de certeza positiva e negativa, no entanto, certamente existiriam inúmeros profissionais cujos atributos profissionais e acadêmicos despertariam infindável dúvida quanto à possibilidade de aplicação do conceito de notória especialização, casos estes enquadráveis no dito halo conceitual ou zona de incerteza dos conceitos jurídicos indeterminados.

Prosseguindo com os exemplos, o Decreto-Lei nº 25/1937, ao dispor sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, prevê o tombamento de

> bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Nestes exatos termos, a Catedral Metropolitana de Florianópolis, cuja construção foi finalizada em 1908, símbolo do povoamento definitivo da capital catarinense e com valioso acervo de arte sacra, com destaque para as obras do artista tirolês Ferdinand Demetz, seguramente se enquadra na zona de certeza positiva do conceito de "excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico".

Os inúmeros prédios comerciais que a circundam, no entanto, erguidos com o emprego de técnicas ordinárias de arquitetura e engenharia, desprovidos de qualquer peculiaridade que lhes justifique especial proteção, por se encontrarem na zona de certeza negativa do conceito, claramente não comportam tombamento.

Na zona de penumbra, no entanto, as casas de arquitetura lusitana que remanescem em Florianópolis, destacadamente aquelas que já foram parcialmente descaracterizadas pelo tempo e ação antrópica, ensejariam, potencialmente, insolucionável dúvida quanto à aplicação do conceito de excepcional valor histórico, artístico e cultural.

Traçados estes exemplos, conclui-se que mesmo os conceitos fluidos possuem zonas de objetiva determinação, sejam elas positivas ou negativas, nas quais não se questiona a aplicação ou exclusão dos conceitos quando do contraste com o fato tipológico. A imprecisão, portanto, é atributo exclusivo da zona de incerteza ou halo conceitual dos conceitos jurídicos indeterminados.

3 Repercussão prática da fluidez: as teoris da univocidade e multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados

Se por um lado não há maiores dificuldades em aceitar-se que mesmo os conceitos jurídicos indeterminados abrigam zonas de certeza quando à sua (in)aplicabilidade ao caso concreto, por outro, a repercussão jurídica da imprecisão configura matéria bastante controversa, sendo possível delimitar o estudo da matéria em duas grandes teorias.

De um lado, parte considerável da doutrina entende que a eventual indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação no momento de sua aplicação, onde só se permite uma unidade de solução justa em cada caso (teoria da univocidade). Por outro lado, há quem defenda que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais implica na pluralidade de soluções igualmente justas e válidas perante o direito (teoria da multivalência).

García de Enterría e Fernández, defensores da primeira corrente, sustentam que eventual imprecisão dos conceitos jurídicos indeterminados só existe em um plano teórico-abstrato, dissipando-se, no entanto, quando do contraste do conceito com a hipótese concreta de aplicação. A indeterminação dos enunciados jurídicos, portanto, traduziria nada além da impossibilidade física de o legislador referir-se abstratamente, de forma precisa e objetiva, à todas as hipóteses da realidade concreta.[10]

Para os administrativistas espanhóis, a impossibilidade de precisamento apriorístico dos conceitos jurídicos indeterminados jamais poderia implicar na multiplicidade de soluções jurídicas possíveis no momento da aplicação do conceito. Em vez disso, o inerente ao conceito jurídico indeterminado, em qualquer que seja o setor do ordenamento jurídico, seria que a sua aplicação comportasse não mais que uma solução justa.[11]

García de Enterría e Fernández são categóricos: à qualificação de circunstâncias concretas, os conceitos jurídicos indeterminados ou se aplicam, ou não se aplicam, não havendo uma terceira opção (*tertium non datur).* Nesse viés, noções como "pobreza", "velhice", "notável saber", "má reputação", "urgência", "valor artístico ou cultural", embora

[10] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. Op. Cit, p. 393.
[11] Ibidem, p. 394

pudessem comportar abstratamente uma pluralidade de significados, concretamente poderiam ser apenas aplicáveis ou inaplicáveis, sem meio termo ou terceira opção.[12]

A lógica binária que marca a doutrina da univocidade, no entanto, não parece bem refletir a real complexidade da matéria, vindo a ser frontalmente rebatida pelos adeptos da teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

Entre os críticos, Bandeira de Mello entende ser excessiva a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, o contraste das expressões legais fluidas com os casos concretos levados à apreciação do administrador público ganharia densidade suficiente a ponto de extirpar por completo as dúvidas quanto à sua aplicabilidade, levando o hermeneuta, pretensamente, ao encontro de uma única solução possível e legítima perante o direito.[13]

Para o autor, seria impossível refutar que, na mais das vezes, existe a plena possibilidade de um conceito jurídico indeterminado abarcar mais de uma interpretação perfeitamente adequada perante o caso concreto, sem que, por consequência, uma destas intelecções deva ser considerada incorreta ou ilegítima.[14]

Reportando-se às lições do jurista austríaco Bernatzik, Bandeira de Mello pontua que "existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da solução atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade e que os outros tenham uma opinião falsa".[15]

Neste ponto, à propósito, verifica-se convergência entre as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Grau. Defende o ex-Ministro do Supremo que

> na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados", inexiste uma interpretação verdadeira; a única interpretação correta - que haveria então de ser exata - é objetivamente incognoscível (é in concreto, incognoscível).[16]

Tal posicionamento, saliente-se desde já, parece ser o que melhor se amolda à realidade jurídica, que, como visto, não comporta verdades absolutas – mesmo porque não

[12] Ibidem, p. 394
[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 22-23.
[14] Celso Antônio Bandeira de Mello refuta expressamente a tese do "*Tertium non datur*", defendida por García de Enterría e Fernández.
[15] Ibidem, p. 23 ss.
[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

se trata o Direito de uma ciência exata – tampouco se compatibiliza com o radical reducionismo do *"tertium non datur"*.

Com efeito, um esforço intelectivo por parte do administrador público pode, de fato, conduzi-lo à clara identificação de zonas de certeza positiva e negativa, nas quais é irrefutável a aplicabilidade ou inaplicabilidade da noção imprecisa. Nada obstante, ao adentrar-se no halo conceitual dos vocábulos jurídicos plurissignificantes, a pretensa "única solução válida perante o Direito" é inalcançável, vez que, nesta zona de penumbra, as interpretações realizadas pelo aplicador da norma não podem ser objetivamente reputadas como certas ou erradas, senão por mera arbitrariedade.

Nesse viés, a aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo diante de situações concretas inseríveis em seus halos conceituais, não pode ser deduzida por um simples juízo silogístico lógico-formal, que pretensamente conduziria o intérprete a resultado jurídico certo, único e absoluto.

Vale dizer, em sendo a vagueza a antítese da cognoscibilidade, a atuação concreta dos conceitos fluidos, necessariamente, não se dá por meio de simples operações lógico-dedutivas; em vez disso, a dedução da aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, em suas zonas de incerteza, pressupõe atos interpretativos combinados com atos de liberdade intelectiva do aplicador, haja vista que "em um vazio semântico" é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou complementação da hipótese incompleta da norma (Tatbestandserganzung)".[17]

Por tais razões, em que pese a ampla aceitação pela doutrina nacional da doutrina da univocidade – conforme demonstrar-se-á adiante -, deve a ela sobrepor-se a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

[17] KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil.** Interesse Público, v. 5, n. 23, p. 38.

4 A concreção de conceitos jurídicos indeterminados enquanto atividade discricionário ou vinculada: panorama histórico-comparatístico

A polêmica quanto à inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade ou vinculação administrativa não é recente, tampouco adstrita ao Direito brasileiro. Todavia, em despeito ao que muito já se escreveu sobre o assunto, a matéria permanece bastante controversa, justificando uma análise mais detida do tema.

Antes de qualquer outra coisa, deve-se salientar que as teorias da univocidade e multivalência, mencionadas no tópico anterior, e as doutrinas da segregação rígida ou flexível entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, que serão aqui abordadas, embora não coincidentes, revelam-se intimamente relacionadas.

Com efeito, os que advogam pela teoria da univocidade e identificam a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados como um processo puramente interpretativo, que conduz o aplicador da norma à uma única solução válida perante o direito, por imposição lógica, defendem uma ferrenha distinção entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados.[18]

De outra banda, os que advogam pela multivalência dos conceitos fluidos, salvo raras e pontuais exceções, tendem a flexibilizar ou mesmo negar a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, referindo-se aos mesmos enquanto técnicas legislativas congêneres.

Feitos estes breves esclarecimentos iniciais, passa-se à análise do enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados no campo da vinculação ou discricionariedade administrativa, valendo-se, inicialmente, de uma abordagem histórico-comparatística.

A discussão acerca da natureza dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados e, mais precisamente, da sua classificação em discricionários ou vinculados, remonta à Escola de Viena do século XIX, palco do debate entre Bernatzik e Tezner[19].

---

[18] Por óbvio, partindo-se do pressuposto que a indeterminação dos conceitos fluidos não concede ao administrador público qualquer margem liberdade no momento de sua atuação prática, não haveria, em tese, falar em discricionariedade administrativa pelo emprego dos conceitos jurídicos indeterminados.

[19] Vide E. BERNATZIK, **Rechtsprechung und materielle Rechtskraft**, Wien 1886 e F. TEZNER, **Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde,** Wien, 1888.

Para Bernatzik, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais culminava na atribuição de competência discricionária à Administração Pública e, por consequência, na insindicabilidade da decisão adotada pelo agente estatal perante os tribunais administrativos.

Segundo leciona o historiador lusitano Antônio Francisco de Sousa, Bernatzik englobava, sob o conceito de discricionariedade, não apenas a liberdade de escolha, por critérios de conveniência e oportunidade, de uma dentre duas ou mais opções de mérito, mas também a liberdade de atuação administrativa diante de proposições jurídicas que veiculassem premissas fáticas complexas.[20]

Em linhas gerais, Bernatzik, entendia que os conceitos fluídos (*Unbestimmte Rechtsbegriffe)*, tais como o de interesse público, teriam de ser preenchidos por órgãos administrativos especializados, segundo critérios técnico-intelectivos próprios dos agentes estatais.[21]

Defendia, ademais, que a decisão administrativa que operasse concretamente os vocábulos jurídicos plurissignificantes, excepcionados os casos em que o administrador houvesse agido com manifesta violação ao dever legal, deveria ser imune à revisão pelos tribunais, haja vista que o Judiciário não dispunha da mesma experiência e prática que os agentes da Administração. Na concepção de Bernatzik, *"[...]de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica".*[22]

Partindo de tais premissas, articula que, em razão de sua experiência prática, do seu *know-how* e pelo seu contato direto com a realidade do cotidiano da Administração Pública, os exercentes da atividade administrativa, antes de quaisquer outros, estariam em condições de reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e

[20] SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 105

[21] RODI, Maria Tecla. **I concetti Giuridici Indeterminati: comparazioni tra sistemi giuridici e analisi economica del diritt**o. Tese (Dottorato di ricerca in diritto ed economia), Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014. Orientador: Marcello Clarich, p.14.

[22] Ibidem, pp. 106. Do original: "Bernatzik sosteneva in particolare che il giudizio relativo all'applicazione di regole imprecise è di carattere problematico ed opinabile, per cui occorre una competenza tecnica di cui solo il funzionario dispone, con il corollario che tale giudizio sarebbe insuscettibile di controllo giudiziale, a meno che il funzionario abbia agito contro i doveri d'ufficio".

distanciados da realidade da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião à da autoridade administrativa.

Refratário às proposições de Bernatzik, Tezner propunha um controle objetivo, por parte dos tribunais, de todos os conceitos normativos constantes das leis que regiam a relação entre os cidadãos e a Administração Pública, inclusos os conceitos fluídos.[23]

Tezner rebate a noção de discricionariedade defendia por Bernatzik e propõe uma nova conceituação, consistente na possibilidade de seleção de uma determinada forma de atuação, considerada mais oportuna por parte da Administração, dentro de um universo de várias soluções igualmente admissíveis juridicamente, em face de uma determinada situação de fato.[24]

O jurista austríaco, em apertada síntese, sustentava que os conceitos jurídicos indeterminados pertenciam ao âmbito da vinculação administrativa, de sorte que, ao deparar-se com eles, o agente público

> deveria considerar apenas o seu sentido legal, decidindo pela sua verificação ou não. [...] não existe espaço residual pertencente exclusivamente à Administração, sendo o critério geral para a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a "opinião comum".[25]

A retomada da origem histórica do debate acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e, especificamente, quanto à sua inserção no campo da vinculação ou discricionariedade administrativa, revela-se oportuna, sobretudo porque é mérito da Escola de Viena do século XIX ter estabelecido as premissas básicas e os ideais centrais em torno dos quais orbitam as discussões que ocorrem atualmente tanto no Direito estrangeiro quanto no doméstico, sendo certamente este por aquele influenciado.

Com efeito, mesmo hoje, não são raras as expressas menções de doutrinadores nacionais à obra e à importância de Tezner e Bernatzik para o desenvolvimento e aprimoramento científico da matéria, a exemplo de Bandeira de Mello[26] e Di Pietro[27].

---

[23] KRELL, Op. Cit., p. 30.
[24] RODI, Op. Cit., p. 14. Do original:"*Tezner oppone alla concezione di Bernatzik una visione legalistica basata su una concezione della discrezionalità che la identifica con la scelta della linea di intervento maggiormente opportuna fra una pluralità di soluzioni giuridicamente ammissibili data una determinata situazione di fatto*".
[25] SOUSA. Op. Cit., p. 34.
[26] MELLO, Op. Cit., p. 23.
[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo REDAE** nº 9 (fev/mar/abr 2007), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p.4.

Na Espanha, de igual forma, as lições da Escola de Viena repercutiam claramente no trato da temática do controle judicial da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados, merecendo destaque a obra de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

Para estes, a confusão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados *"supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo peso que só recentemente começou a liberar-se. É um mérito da doutrina alemã contemporânea do Direito Público ter levado essa distinção até as últimas consequências".*[28]

De maneira similar a Tezner, García de Enterría e Fernández propõem uma separação rígida entre a discrionariedade, definida pelos autores como a possibilidade de escolha entre "indiferentes jurídicos", e a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, entendida como atividade vinculada, que deveria levar, por meio de um processo de interpretação, à uma única solução válida perante o Direito.[29]

Partindo de tais premissas, sugerem que as opções discricionárias, na medida em que perpassam por juízos "extrajurídicos" de conveniência e oportunidade (opções políticas, econômicas, sociológicas, etc)[30], inserem-se no âmbito exclusivo do Poder Público e, por consequência, afiguram-se imunes ao controle externo por parte do Poder Judiciário. A concreção dos conceitos jurídicos, por outro lado, enquanto atividade plenamente vinculada, admitiria amplo e irrestrito controle jurisdicional.[31]

Nas palavras dos autores, em sendo a atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, "o juiz pode fiscalizar, sem esforço algum, tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-

[28] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. Op. Cit, p. 391..Quando os administrativistas espanhóis fazem menção à moderna doutrina alemã, se referem às concepções vigentes na Alemanha na década de setenta. Com efeito, este trecho da obra Curso de Derecho Administrativo permanece inalterada desde a primeira edição, lançada em 1974.

[29] Ibidem, p. 393.

[30] Neste ponto, Cademartori tece lúcidas críticas aos administrativistas espanhóis. Segundo o autor, "García de Enterría e Fernández, de um lado, avançam significativamente nas suas formulações teóricas, ao defenderem uma ampla apreciação do Judiciário, dos conceitos indeterminados que integram certas normas. Mas, por outro lado, ao delimitarem o campo da discricionariedade na esfera volitiva da autoridade administrativa, pautada por opções tidas como "extrajurídicas", esses autores assumem um posicionamento teórico conservador. Isto porque negam qualquer conexão entre âmbitos tais como os do político, econômico ou de oportunidade, sendo este, também um conceito indeterminado, com a esfera do Direito. A propósito das esferas sócio-econômicas e políticas, já se observou que mesmo elas não estão imunes a padrões de vinculação normativa previstos nas atuais constituições dirigentes, tais como as normas programáticas, cuja eficácia não depende, totalmente, da promulgação de normas ulteriores". CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

[31] Ibidem, p. 394

se chegado é a única solução justa que permite a lei". Diversamente, diante do exercício da potestade discricional, "o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que esta, tendo sido produzida dentro dos limites legais, é necessariamente justa".[32]

Todavia, diferentemente da realidade espanhola e da doutrina alemã da década de setenta mencionada por García de Enterría e Fernández, o comparatista Andreas Krell sugere que, atualmente, nem na própria Alemanha, tampouco na grande maioria dos países europeus, está sendo utilizada uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Em vez disso, a própria ordem jurídica da União Europeia não mais diferencia - a exemplo da Alemanha, França e Grã-Bretanha - conceitos indeterminados e discricionariedade.[33]

Abstendo-se de um maior aprofundamento quanto aos importantes debates que vem sendo também protagonizados em outros países europeus, dentre os quais merecem menção Áustria, Inglaterra, Portugal, Itália e França, observa-se que a heterogeneidade do discurso continental europeu reflete e, quiçá, justifique a riqueza do tema e as múltiplas controvérsias remanescentes no debate que permeia a matéria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito brasileiro.

E, respeitados por óbvio os contrastes advindos das diferentes tradições jurídicas caracterizantes dos diversos países elencados[34], tem-se que a experiência internacional possa servir de ponto de partida para as reflexões preliminares acerca da construção de um sistema mais sólido de controle jurisdicional dos atos administrativos atuadores dos conceitos jurídicos indeterminados no Brasil.

---

[32] Ibidem, p. 394.
[33] KRELL. Op. Cit. p. 31
[34] Vide MORBIDELLI, Giuseppe. Introduzione a Diritto e All' Interpretazione. In: MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. **Diritto Constituzionale Italiano e Comparato**. 2ª ed. Bologna, Monduzzi Editore, 1997.

5 A concreção concreção de conceitos jurídicos indeterminados enquanto atividade discricionária ou vinculada: posicionamento da doutrina nacional

Quanto à classificação da atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados em discricionária ou vinculada, é possível subdividir a doutrina nacional em três grandes grupos, aos quais se filiam a maior parte dos autores.

Primeiramente, para os defensores da rígida separação entre discricionariedade e aplicação de conceitos fluidos, a atuação de conceitos jurídicos indeterminados demandaria nada mais que um esforço intelectivo por parte do aplicador da norma, conduzindo o agente administrativo, invariavelmente, à uma única solução que seja válida perante o Direito.

A discricionariedade, diferentemente, consistiria na liberdade de seleção de uma entre duas ou mais soluções jurídicas possíveis e igualmente válidas perante o Direito – indiferentes jurídicos – , segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, próprios da autoridade administrativa e protegidos do controle judicial.

Para os que aderem a este posicionamento, portanto, discricionariedade e concreção dos conceitos indeterminados jamais poderiam ser confundidas, tampouco a tais fenômenos poder-se-ia atribuir idêntico tratamento jurídico.

Defensor desta primeira corrente, Hely Lopes Meirelles sustenta que a mera existência de conceitos indeterminados nas proposições jurídicas de direito administrativo não gera discricionariedade, mas sim,

> necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade [...] quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.[35]

Nesse mesmo viés, Rita Tourinho, sustenta que

> deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados, caberá apreender-lhes o sentido através da operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos.[36]

[35] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ªed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 132 ss
[36] TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado/ REDE** 15 (jul/set/ago 2008), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 10.

Na concepção de Marçal Justen Filho, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados não autoriza decisões administrativas fundadas em razões de conveniência ou oportunidade, tampouco cede qualquer margem de autonomia para o hermeneuta escolher a melhor solução segundo avaliação subjetiva.[37]

Lúcia Valle Figueiredo, recorrendo à doutrina italiana de Luigi Benvenuti, afirma que os conceitos jurídicos indeterminados constituem hipótese de accertamento, ou seja, de encontrar, na dinâmica da realidade, a correspondência entre significante e significado.[38]

Chegando às mesmas conclusões, José dos Santos Carvalho Filho parte da afirmação de que conceitos indeterminados e discricionariedade situam-se em planos diferentes. Para o autor, enquanto os conceitos indeterminados se inserem no plano de previsão da norma, que define como "plano antecedente", haja vista que a lei já estabelece a consequência jurídica que deve resultar da verificação concreta do conceito indeterminado, a discricionariedade aloja-se no plano da estatuição normativa, que define como "plano consequente", pois o administrador tem o poder de modular os efeitos da previsão normativa conforme critérios de conveniência e oportunidade.[39]

Por fim, Eros Grau, embora defenda a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, sustenta que a fluidez não culmina na atribuição de competência discricionária. Afirma que, no exercício da discricionariedade. o administrador procede à "eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de "conceitos jurídicos indeterminados" o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de soluções justas varia de uma ou outra hipótese – são distintas as duas técnicas".[40]

Uma segunda parcela da doutrina, bem exemplificada pelas administrativistas Di Pietro e Medauar, filia-se um posicionamento intermediário, segundo o qual os conceitos jurídicos indeterminados podem culminar quer na atribuição de competência vinculada, quer na atribuição de competência discricionária, devendo-se analisar caso a caso a repercussão jurídica do emprego de expressões vagas pelo legislador.

Medauar, mais precisamente, sustenta que o legislador sempre se valeu de conceitos jurídicos indeterminados sem que fossem estes necessariamente associados ao

[37] JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 238.
[38] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222
[39] CRAVALHO FILHO. Op. Cit. p. 56.
[40] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202.

poder discricionário. Segundo a autora, em sendo possível a subsunção do caso concreto à fórmula ampla, contida na lei, haverá uma só solução justa, não havendo, portanto, margem de discricionariedade. No entanto, em determinados situações, a fórmula ampla do texto legal admitiria uma certa margem de escolha entre opções igualmente válidas, devendo-se, nessas hipóteses, ser exercido o poder discricionário.[41]

Di Pietro, trabalhando a divisão dos conceitos jurídicos em conceitos técnicos, conceitos de experiência e conceitos de valor, afirma que, enquanto os conceitos técnico-científicos e os conceitos empíricos ou de experiência demandam atuação vinculada da Administração Pública, vez que não admitem soluções alternativas, os conceitos de valor, compreendidos os indeterminados, podem, vezes sim, vezes não, conferir discricionariedade ao agente público quanto à apreciação da solução jurídica adequada ao interesse público, devendo tal variante ser analisada à luz do caso concreto.[42]

A grande dificuldade quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, portanto, seria definir aprioristicamente em quais ocasiões a existência de noções de valor implicam na existência de discricionariedade para a Administração e em quais outras admitem apenas uma solução válida perante o ordenamento jurídico.[43]

Muito embora Meduar e Di Pietro já flexibilizem a noção de univocidade dos conceitos fluidos, defendidas pela maior parte da doutrina, há um terceiro segmento doutrinário que rebate de maneira mais efusiva a rígida distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Bandeira de Mello, nesse sentido, refuta a tese de que o tema dos conceitos legais fluídos seja alheio ao tema de discricionariedade, sugerindo que, embora tal diferenciação parta de premissas verdadeiras, chega a conclusões errôneas[44], na medida em que "não há negar incumba à Administração certa discricionariedade, alguma liberdade, na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados".[45]

O autor, sublinhe-se, não ignora a definição de discrionariedade sustentada pela doutrina da univocidade, resumível segundo ele em "liberdade de volição" e consistente,

[41] MEDAUAR. Op. Cit., p. 133.
[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[43] Ibidem, p. 259.
[44] MELLO. Op. Cit., p. 23.
[45] MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2015, p. 997

portanto, na possibilidade de realizar opções administrativas de mérito por um entre dois ou mais comportamentos comportados pela norma aplicada, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Sustenta, no entanto, que muito embora a liberdade de volição (caracterizante da discricionariedade propriamente dita) e a liberdade de intelecção (consequência inesquivável dos conceitos jurídicos indeterminados) refiram-se a realidades lógicas distintas, delas decorre idêntica ressonância jurídica, não se justificando, portanto, a destinação de um tratamento jurídico particularizado ou uma categorização distinta a cada uma das situações.[46]

Ao revés, discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados resultam, indistintamente, *(i)* na concessão de liberdade administrativa e consequente limitação à correção judicial e *(ii)* na inoponibilidade de direito de terceiros contra o comportamento administrativo adotado, produzindo, portanto, os mesmos efeitos na esfera do Direito.[47]

Em sentido semelhante, Andreas Krell identifica os conceitos jurídicos indeterminados e a concessão de discricionariedade como

> manifestações comuns da técnica legislativa de abertura de normas jurídicas, carecedoras de complementação, [...] são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.[48]

Salienta o autor que, muitas vezes, a diferença entre discricionariedade e vagueza de conceitos não passa de uma simples contingência na formulação legal.[49] A título de exemplo, considere-se uma Lei X que estabeleça que "a Administração Pública poderá, nos seus interesses, determinar a remoção de servidor" e uma Lei Y que estipule que "demonstrado o interesse público na remoção do servidor, a Administração promoverá a sua relotação". Seria certo admitir que as duas leis possuem efeitos jurídicos opostos? Afigurar-se-ia razoável a afirmação de que apenas na primeira hipótese haverá liberdade de atuação ao passo que, na segundo hipótese, haveria, em todo e qualquer caso, uma única solução adequada perante o caso concreto?

---

[46] MELLO, 2012, p. 24 ss
[47] Ibidem, p. 23.
[48] KRELL. Op. Cit., p. 34.
[49] Ibidem, p. 34.

Como se viu até aqui, a inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade administrativa é temática controversa e recebe um tratamento fragmentário e pouco uniforme por parte da doutrina nacional, existindo, contudo, certa tendência em abordar-se a atuação prática dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação.[50] O posicionamento dominante da doutrina e jurisprudência nacional, no entanto, mostra-se problemático em alguns aspectos.

Repita-se, incialmente, que a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, os conceitos jurídicos indeterminados, ao serem contrastados com a realidade fática, poderiam levar o aplicador da norma a uma única solução válida perante o Direito, é, de fato, excessiva. Um esforço intelectivo por parte do administrador público pode conduzi-lo à identificação de zonas de certeza positiva e negativa, certas quanto à aplicação ou exclusão do conceito. Nada obstante, ao adentrar-se na zona cinzenta, a pretensa *"única solução válida perante o Direito"* torna-se inatingível ao intérprete.

Como consequência lógica desta primeira constatação, deve-se também admitir que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem ao agente público certa margem de livre atuação administrativa, consistente na liberdade intelectiva de conformação das situações fáticas inseríveis em seus halos conceituais. E, muito embora tal liberdade intelectiva não se iguale, em termos de estrutura, à expressa liberdade de volição, é inegável que ambas as liberdades possuem o mesmo resultado prático.

Como assevera Bandeira de Mello,

> a circunstância de que um ato de intelecção e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas – como, deveras, o são – não implica que necessariamente tenham, em face do Direito, ressonâncias diversas. In casu não o tem[51].

De fato, o emprego de conceitos vagos e a expressa atribuição de discricionariedade culminam, indistintamente, na minimização da intensidade vinculatória do administrador público ao texto legal, na consequente limitação da sindicabilidade judicial da decisão administrativas e na inoponibilidade de direitos subjetivos por terceiros contra o comportamento administrativo adotado.

[50] É o que se verifica, por exemplo, nas balizadas doutrinas de Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar, Diógenes Gasparini, Márcio Pestana, Eros Grau, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.
[51] Ibidem, p. 25

Nesse quadro, parece adequada a noção ampla de discricionariedade defendida por Bandeira de Mello, conceituada como a margem de liberdade que remanesce à Administração Pública para eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, um dentre pelo menos dois comportamentos igualmente cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever legal de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal *(doverosità)*, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.[52]

A par disso, tem-se que a inserção dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação administrativa, ao negar a existência da referida liberdade intelectiva, possui não outro resultado que o de, por meios obtusos, trasladá-la do âmbito administrativo para o âmbito judicial.

Com efeito, ao atribuir-se ao Judiciário o papel de enunciador da pretensa verdade única e absoluta encoberta pela vagueza do vocábulo indeterminado, reveste-se o julgador de competência para, a partir de critérios próprios, exercer a liberdade intelectiva em substituição ao administrador público.

E, consoante alerta Alexy, deve-se reconhecer

> o perigo de que o tribunal administrativo substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta.[53]

6 Controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos na jurisprudência brasileira

A elaboração teórica de métodos mais eficientes de exercício do controle judicial sobre atos administrativos concebidos a partir de juízos discricionários, especificamente

[52] Ibidem, p. 48.
[53] ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 2, p. 1213 – 1261**, Revista dos Tribunais**, Nov/2012. Versão digital disponível em Revista dos Tribunais Online, acesso em 20 de agosto de 2016, p. 19.

nas hipóteses de atuação prática de conceitos jurídicos indeterminados, pressupõe a investigação da atual jurisprudência dos Tribunais brasileiros em relação à matéria.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao longo dos últimos anos, teve oportunidade de se posicionar, por mais de uma vez, quanto ao controle judicial da atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados. Do contraste entre os acórdãos, no entanto, infere-se que a matéria recebe tratamento heterogênio, não se podendo, até o presente momento, falar em uma consolidada jurisprudência do Tribunal de Justiça catarinense em matéria de controle da concretização de conceitos fluidos.

Um dos julgados que desperta particular interesse, neste contexto, refere-se ao caso Athos Aimbarê Cardozo Beth vs Estado de Santa Catarina, levado ao conhecimento do Tribunal de Justiça por meio do recurso de Apelação Cível nº 2012.074478-3, da Capital, e julgado pela Terceira Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva, que assim se posicionou:

> ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA - PEDIDO INDEFERIDO REQUISITOS SUBJETIVOS PREVISTOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA (LEI N. 13.357/2005) PARA A CONCESSÃO DA PROMOÇÃO EVIDENCIADOS - ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF - CONTROLE JURISDICIONAL PARA CORREÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, OU NOS CASOS EM QUE A DISCRICIONARIEDADE DO ATO NÃO ATENDA AOS OBJETIVOS DA NORMA - DIREITO RECONHECIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração." (MS 24.699-DF, rel. Min. Eros Grau). "[...]. Promoção por ato de bravura. 4. O Tribunal de origem, interpretando a legislação infraconstitucional (Decreto estadual n. 4449/80), entendeu que a conduta do militar preenche os requisitos legais, motivo pelo qual tem direito à referida promoção. [...]. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Ademais, não verifico, no caso, violação ao princípio da separação dos poderes, pois, tendo vislumbrado a ocorrência de ilegalidade, é perfeitamente legítimo ao Poder Judiciário

> realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que discricionários. [...]."[54]

Resumidamente, Athos Aimbarê Cardozo Beth, policial militar, propusera ação cível, pelo procedimento ordinário, objetivando a revisão judicial de ato administrativo que lhe negara a promoção na carreira militar por *"ato incomum de bravura"*. A título de esclarecimento, pontua-se que o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (Lei 6.218 de 1983, com as alterações da Lei n. 13.357/2005) estabelece a "*bravura*" como uma das hipóteses de promoção na carreira militar (art. 62, *caput*, inciso III e parágrafo 3º).[55]

Na hipótese, o policial militar havia realizado resgate aquático no Rio Tubarão, em área de aproximadamente cinco metros de profundidade, correnteza moderada, com possíveis árvores submersas, e em dia frio e chuvoso, logrando êxito em salvar a vida de uma senhora que estava prestes a se afogar, pelo que entendeu se enquadrar no conceito – indeterminado – de bravura e, por consequência, fazer *jus* à promoção na carreira

O Comando-Geral da Polícia Militar, na seara administrativa, havia negado a promoção do militar ao argumento de que, nas condições em que ocorreu, o resgate aquático realizado não comportava enquadramento no conceito de bravura, na medida que não configurava "ato incomum de coragem e audácia, que tenha ultrapassado os limites normais do cumprimento do dever, isto porque a ação foi normal sob a ótica da atividade policial militar, o policial tinha o dever de agir ou seja prestar socorro à vítima em situação de risco de morte."

Tratava-se, portanto, de contenda envolvendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados "bravura", "coragem" e "audácia", diante de situação concreta reconhecidamente inserível em seus halos conceituais, pairando insuperável dúvida quanto à aplicação ou exclusão dos conceitos ao caso concreto.

---

[54] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.074478-3, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

[55] Art. 62. As promoções dos militares estaduais serão efetuadas pelos seguintes critérios: [...] III - bravura; [...] § 3º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representam feitos indispensáveis ou úteis ao serviço operacional pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados, independerá da existência de vaga e poderá ocorrer post mortem.

Vale dizer, embora louvável a atitude do miliciano e inegavelmente positivos os resultados práticos dela decorrentes, as condições em que ocorreu o resgate suscitam fundada dúvida quanto ao fato de efetivamente configurar, sobretudo quando analisado sob a ótica militar, um ato de incomum bravura, coragem e audácia.

Diretamente ao ponto, o caso restou julgado procedente em primeira instância, sendo a sentença confirmada em sede recursal. O posicionamento do Tribunal de Justiça, analisado sistematicamente, é resumível em quatro premissas básicas: (i) "embora não seja da competência do judiciário analisar o mérito do ato administrativo de caráter discricionário, está legitimado a incursionar frente a casos de flagrante ilegalidade, bem assim em face de atos decorrentes de interpretação da norma"; (ii) a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade interpretativa, portanto plenamente sindicável em sede de controle judicial; (iii) a intelecção realizada pela Administração não era a correta diante do caso concreto, na medida em que o suporte fático-probatório indicava, na concepção do prolator, a prática de atos de anormal bravura, coragem e audácia[56]; (iv) em sendo "*incorreta*" a interpretação dada pela Administração, o ato administrativo que negou a promoção do policial militar afigurava-se ilegal, cabendo ao Judiciário, em juízo de substituição, determinar a sua imediata promoção, inclusive com retroação dos efeitos da ascensão à data da decisão administrativa que lhe negara a benesse.

A Quarta Câmara de Direito Público, à propósito, em caso análogo ao anterior, adotou posicionamento semelhante:

> APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. DECLARATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. PLEITO DE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE PRAÇAS. REQUISITOS SUBJETIVOS INSCRITOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO. DISCRICIONARIEDADE DO ATO QUE NÃO IMPEDE CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. ILEGALIDADE OU ABUSO NÃO CONSTATADOS NA ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados"

[56] Veja-se que o critério utilizado não é outro que a concepção do magistrado de incomum bravura, coragem e audácia, conforme bem ilustrado nos seguintes trechos "Não vejo como negar que tal conduta do fuja amplamente do ordinário". [...] "Esse militar, ao que vejo, merece seguramente a promoção".

> estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.[57]

Observa-se, portanto, certa tendência no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em admitir o amplo e irrestrito controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos fluidos, inclusive com a substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito indeterminado.

Em síntese, em sendo a intelecção desempenhada pela Administração incompatível com a operada pelo Judiciário, a consequência prática seria, em todo e qualquer caso, a preponderância desta sobre aquela; ao revés, havendo coincidência nas intelecções operadas, o ato administrativo é chancelado pelo Tribunal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, inexiste um posicionamento consolidado quanto à possibilidade, extensão e limites do controle judicial incidente sobre a atuação prática dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao contrário, o tema é controverso mesmo dentro das próprias Turmas da Corte da Cidadania.

De um vértice, existem numerosos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade de pura e simples interpretação e, portanto, inserível no âmbito da vinculação administrativa.

Com base em tais premissas, defende-se um amplo e irrestrito controle da atuação dos conceitos fluidos, admitindo-se a atuação jurisdicional substitutiva à decisão administrativa, quer nas hipóteses de manifesta inaplicabilidade do conceito indeterminado à situação de fato, quer nas hipóteses em que exista razoável dúvida quanto à aplicação ou exclusão do vocábulo jurídico multivalente.

Nessa linha, o Min. Mauro Campbell Marques (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 127.960-7/PR, manifestou entendimento no sentido de que "*a utilização deste tipo de técnica de construção normativa*

[57] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.057814-6, de Rio do Sul, rel. Des. Edemar Gruber, j. 30-07-2015.

tem por escopo possibilitar que a Administração identifique, na análise casuística, qual é a melhor escolha - que, por ser a melhor, é única". [58]

Sem destoar, o Min. Felix Fischer (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento dos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 19.590/RS e 19.210/RS, ao citar o administrativista mineiro Florivaldo Dutra de Araújo, defendeu que "a indeterminação dos conceitos existe enquanto a norma permanece em sua abstração e generalidade, ao tornar-se aplicada num caso concreto, aquela desaparece, pois, diante de uma específica situação fática, a valoração desta leva a uma só conclusão". [59] [60]

Concluiu, assim, que

> sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada da decisão administrativa desde a perspectiva de um conceito jurídico indeterminado, será juridicamente possível que tribunal reveja a apreciação do conceito realizada pela Administração.[61]

Também nesse sentido, o Min. Paulo Medina (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 4.053/RS, firmou posicionamento segundo o qual

> se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados [...]a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício de discricionariedade.[62]

Uma segunda corrente do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, defende um controle judicial menos abrangente da atividade administrativa concretizadora dos conceitos jurídicos indeterminados, pautado não na busca da pretensa única solução interpretativa diante do caso concreto, mas na análise de conformação da solução administrativa adotada com os princípios informadores do direito público e na análise da regularidade formal da prática do ato administrativo *sub judice*.

Concebe-se, portanto, a ideia de que o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados pode, de fato, atribuir certa margem de liberdade ao aplicador da norma e,

---

[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011.
[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.
[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.
[61] Ibidem.
[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 4.053/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

em não extrapolando os limites de liberdade que lhe foram conferidos, o administrador público não deve ter seus atos censurados por via de controle jurisdicional.

Precisamente nesse sentido posicionou-se o Min. Herman Benjamin (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.325/ES[63]:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. VIOLAÇÃO DE DEVERES. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO. EMPRÉSTIMO DE TERRENO PARA GUARDA DE VEÍCULOS DESTINADOS A DESMANCHE. ENVOLVIMENTO COM INTEGRANTE DE QUADRILHA DE ROUBO E RECEPTAÇÃO DE AUTOMÓVEIS. PESSOA QUE POSSUÍA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. EXECUÇÃO DA PENA NO JUÍZO EM QUE O SANCIONADO ATUAVA. [...] CONTROLE DE LEGALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO [...] 13. A previsão de aposentadoria compulsória para os casos de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções de magistrado contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor. [...]18. Nesse contexto, o exame das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para **a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, in concreto, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a dignidade, a honra e o decoro das funções então ocupadas.** [...] Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como "urgência", "boa conduta", "má reputação" etc. **O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade in concreto, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima.** (sem grifos no original)

Sem destoar, a Min. Eliana Calmon (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), em hipótese que versava sobre a atuação prática do conceito de "atividade efetiva

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

ou potencialmente causadora de significativa degradação ambiental", estabeleceu interessante reflexão no voto do Recurso Especial 133.084-1/SP[64].

Em resposta ao interrogativo "O que é atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente?", consignou a Ministra que a resposta caberia ao

> Estado Administração, porém, a conclusão a que chegar não está imune ao reexame do Judiciário, a quem compete a análise da subsunção do fato à norma, utilizando-se, nas hipóteses de indeterminação de conceitos, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[65]

Por fim, também em defesa de um controle de natureza principiológica e de matriz axiológico-constitucional sobre a atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados, especificamente na esfera da improbidade administrativa, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça), no voto do Mandado de Segurança 16.666/DF, defendeu que os dispositivos sancionadores insertos na Lei de Improbidade Administrativa

> carecem de objetividade suficiente para definir tipos infracionais, pois, empregando conceitos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos, trataram apenas de delinear em abstrato os casos de improbidade administrativa, sem, contudo, definir ou tipificar o ato ímprobo. [66]

Com base em tal afirmação, deduziu que a fluidez dos referidos conceitos "permite ao intérprete administrativo e aplicador administrativo da norma uma utilização demasiadamente ampla – na verdade aberta – da legislação em comento, para sancionar aqueles a ela submetidos", pelo que concluiu que a atuação do Judiciário nessas hipóteses, embora possível e necessária, deve se dar com o fito de "conter e limitar, ponderar e equilibrar o uso dos poderes da Administração, inclusive com a invocação dos princípios jurídicos".[67]

O que se pode concluir, portanto, é que muito embora haja consenso quanto à possibilidade do controle da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados por via

---

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1330841/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013.
[65] Ibidem.
[66] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.666/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013.
[67] Ibidem.

jurisdicional, há manifesta controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à extensão e limites a que se sujeita este controle.

Por fim, migrando o foco de estudo para a Corte Constitucional, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal é resumível em um só acórdã, da lavra do ex-ministro Eros Grau, com o qual manifestaram concordância os Ministros Carlos Ayres Britto, Cézar Peluso e Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9/DF[68]. Extrai-se:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

A estrutura argumentativa do julgado centra-se em quatro premissas fundamentais, a saber: (i) a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos não culmina na concessão de discricionariedade à Administração Pública; a discricionariedade pode resultar tão somente da "expressa atribuição normativa à autoridade administrativa e não das circunstâncias de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos

[68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas". (ii) Em despeito de materializar-se enquanto atividade vinculada, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados "reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada".[69] (iii) Assim, por não haver uma única interpretação válida perante o caso concreto, ou melhor, em sendo esta solução ideal concretamente incognoscível, a correção do ato administrativo concretizador de conceitos jurídicos indeterminados se afere por meio "da análise e ponderação de sua motivação", pautada nos critérios hermenêuticos da proporcionalidade e razoabilidade. (iv) Por outro lado, "o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração enquanto personificada do Poder Executivo", mas, tão somente, verificar se o ato é adequado aos fins a que se propõe e coerente com os motivos que lhe ensejaram a prática.[70]

Estas quatro premissas básicas, pois, sintetizam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade, limites e extensão do controle da atividade administrativa atuadora dos conceitos jurídicos indeterminados.

7 A proposta de um método de controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados baseado na matriz epistemological garantista

Como visto até aqui, observa-se preocupante assistematicidade na doutrina e jurisprudência nacional no tocante à demarcação dos confins da sindicabilidade da atuação discricionária da Administração Pública, sobretudo no que toca à aplicação dos conceitos fluidos.

[69] Neste ponto, data venia, o argumento não se mostra minimamente racional. Ora, se a aplicação do conceito jurídico indeterminado "reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis", por óbvio, esta escolha se dá por atos de volição, naturalmente limitados pela moldura normativa que lhes faculta a prática.
[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

Ironicamente, o controle jurisdicional, concebido como importantíssima forma de contenção dos abusos praticados através do deturpado exercício da competência discricionária, tem sido, não raras vezes, o novo *locus* da arbitrariedade.

Nesse viés, diante da incompletude e das incongruências verificadas, propõe-se um método de aferição de legitimidade dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados, pautado nos controles de intelecção, de vigência e de validade da atuação administrativa.

Despido da petulância de pretender sugerir um método único, findo e acabado, busca-se tão somente a racionalização da intervenção jurisdicional sobre a atividade administrativa concretizadora de conceitos fluidos, com a proposta de uma plataforma de pensamento possível, objetiva e potencialmente eficaz, inspirada na matriz epistemológica garantista.

Como visto anteriormente, a discricionariedade potencialmente decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados cinge-se sempre ao halo conceitual da noção imprecisa, ou seja, ao campo de insolucionáveis dúvidas sobre a aplicação ou exclusão dos conceitos utilizados pela regra de direito em aplicação. Fora deste campo, nas zonas de certeza positiva ou negativa dos conceitos, não há discrionariedade, mas, vinculação.[71]

Consequentemente, em havendo determinado litígio sobre a correta subsunção de dada situação fática à um dispositivo legal que, em sua redação, empregue conceitos jurídicos indeterminados, caberá ao Judiciário, antes de mais nada, o exercício do controle intelectivo da atuação administrativa, conferindo se o agente público, ao dar concreção ao conceito fluido, ateve-se ao campo significativo possível, ou, ao contrário, se o desconheceu.[72]

Seria ingênuo, no entanto, negligenciar o risco de que o julgador, ao exercer o controle intelectivo da aplicação concreta do conceito jurídico indeterminado,

> substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta.[73]

Com razão sugere Krell que

[71] MELLO, Op. Cit., p. 31/32.
[72] Ibidem, p. 24.
[73] ALEXY, Op. Cit., p. 19.

> nos países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade substitutiva da Administração, cujas atribuições e tarefas, como visto, não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei.[74]

Assim, justamente diante de tais riscos e em consonância com a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, é fundamental que o controle intelectivo se exerça de maneira negativa, ou seja, com invalidação dos atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, flagrantemente desbordantes do campo significativo possível.

Por óbvio, jamais poderia o agente administrativo, em nome da fluidez dos conceitos, dar-lhes uma significação não comportada por um âmbito mínimo de significância. Dito a outro modo,

> a intelecção bizarra, original, ou as peculiares idiossincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes conhece em dado meio social.[75]

Ademais, fosse o juízo intelectivo operado pelo administrador insindicável, o emprego dos conceitos fluidos culminaria na atribuição de poder absoluto em favor da Administração, na medida em que a extensão da potestade seria aquela que a autoridade administrativa lhe quisesse dar.

Chegar-se-ia, outrossim, à absurda conclusão de que os conceitos jurídicos indeterminados não possuem valor significativo algum, equivalendo a um nada jurídico, absolutamente imprestáveis à delimitação da competência conferida ao agente público.[76]

Por outro lado, deve-se reconhecer a impossibilidade e inoportunidade do exercício de um controle intelectivo positivo da concreção dos conceitos fluidos, no sentido da enunciação pelo Judiciário de uma pretensa verdade única e absoluta encoberta pela fluidez do conceito, com consequente substituição do ato administrativo praticado no legítimo

[74] KRELL. Op. Cit., p. 41.
[75] MELLO. Op. Cit., p. 31.
[76] Ibidem, p. 29.

exercício da liberdade que foi conferida ao agente público. Nesse ponto, irretocável o supracolacionado acórdão da lavra do Min. Hermann Benjamim[77].

Daí porque, no litígio que verse sobre a aplicação dos conceitos indeterminados, o judiciário não deve controlar se o resultado dessa operação foi *"o correto"*, mas, tão somente, se o mesmo é sustentável[78]. O julgador, portanto, não deve se ater ao que uma autoridade razoável deveria fazer, mas, ao que essa autoridade razoável certamente não poderia ter feito.[79]

Com efeito, se diante de determinada situação concreta, inserível no halo conceitual do conceito normativo fluido, o administrador, em entendimento razoável e comportado pelo campo significativo possível, decidir pela aplicação ou pela inaplicação do conceito, não se poderá dizer que violou o direito, ainda que igualmente sustentáveis sejam as opiniões divergentes.

E, se não violou a lei e não lhe traiu a finalidade, é claro que terá o administrador procedido em plena adstrição à liberdade intelectiva que, *in concreto*, o direito lhe facultava e, por consequência, faleceria o Judiciário de título jurídico para censurar a conduta da Administração, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe são conformes.[80]

Dito a outro modo,

> verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassitirá ao Judiciário assumir est'outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio.[81]

Outrossim, na delimitação do campo semântico possível, dois fatores essenciais deverem ser levados em consideração, quer pelo administrador, ao dar atuação concreta ao

---

[77] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013. "Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como "urgência", "boa conduta", "má reputação" etc. O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade in concreto, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima".
[78] KRELL. Op. cit., p. 39.
[79] CADEMARTORI. Op. Cit., p. 161.
[80] MELLO, 2012, p. 24.
[81] Ibidem, p. 24.

conceito jurídico indeterminado, quer pelos Tribunais, no exercício do controle jurisdicional da atividade intelectiva.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o Direito é uma linguagem, "é uma fala que veicula prescrições. O que nele se diz é para ser compreendido por toda a sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos e atuar em conformidade das leis e evitar eventual consequência da transgressão". Por consequência, o campo significativo possível de dado conceito, ainda que fluido, não pode ser outro que aquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhe corresponde.[82]

Segundamente, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminado deve se dar contextualmente, ou seja, levando em consideração, dentre outros fatores, o ordenamento jurídico, entendido como um todo coerente complexo de normas. Como explica Bandeira de Mello, "esse todo contextual termina por adensar um pouco o que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine sempre, necessariamente e de modo completo o campo de possíveis dúvidas".[83]

Portanto, na fase do controle de intelecção, deve o julgador, resumidamente, invalidar os atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, notadamente aquelas desbordantes do campo significativo possível – cujos confins são definidos contextualmente, levando em consideração a utilização corrente na sociedade e o plexo total de normas jurídicas.

Perpassada a fase do controle intelectivo da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados e aferindo-se que a intelecção operada pela Administração Pública ateve-se ao campo semântico possível, deve-se proceder ao controle de vigência do ato administrativo concebido a partir da atuação prática dos conceitos fluidos.

Necessário esclarecer, preliminarmente, que a concepção positivista tradicional discrepa da conceituação garantista no que concerne à vigência dos atos administrativos. Enquanto na concepção tradicional o termo vigência representa a dimensão temporal do

[82] Ibidem, pp. 29/30.
[83] Ibidem, pp. 30/31

ato, na concepção garantista, vigência diz respeito à legitimação formal e aos aspectos estruturais axiologicamente neutros dos atos administrativos.[84]

Consoante esclarece Cademartori,

> os juízos formulados sobre a vigência das normas assentam sob bases eminentemente descritivas, posto que referem-se a fatos concretos, seja a promulgação das normas pela autoridade competente ou a observância do devido processo na sua edição, por exemplo.[85]

Feitas tais ressalvas, pode-se afirmar que, nesta segunda fase do controle jurisdicional, a aferição da vigência do ato opera-se por meio de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras, consubstanciado-se na verificação de sua adequação formal e sua correspondência procedimental com o estatuído em normas superiores, notadamente no que concerne ao sujeito e à forma do ato.[86]

Por corolário, o ato administrativo que, ao dar concreção à conceito fluido, tenha se adstrito à campo intelectivo possível, mas, por outro lado, tenha sido praticado por autoridade incompetente ou mediante procedimento diverso daquele estatuído na legislação que lhe regule a prática, por não contemplar o requisito da vigência, comporta imediata invalidação por via jurisdicional.

Por outro lado, apresentando adstrição ao campo significativo possível e plena legitimação formal, o ato administrativo concretizador de conceito jurídico indeterminado deve ser analisado, finalmente, sob a perspectiva de sua legitimação material.

O controle dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta dos conceitos normativos fluidos, afora a análise de sua legitimação meramente formal, deve impreterivelmente perpassar pela verificação de sua plena conformação axiológico-constitucional e de sua correspondência com os valores que embasam o Estado Constitucional de Direito, a ser operada em sede do controle de validade do ato, notadamente a terceira e última etapa do controle sobre ele incidente.

Com efeito, o Estado Constitucional de Direito pode ser definido como

---

[84] CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito. In: Ubaldo Cesar Balthazar e Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). **Direito Tributário e outros temas**. 1ª ed., p. 185-194. Florianópolis: Insular, 2015, p. 188.
[85] CADEMARTORI, 2000, p. 200.
[86] Ibidem, p. 24.

> a dupla sujeição do Direito ao Direito. Gerada esta, pela dissociação entre vigência e validade, entre legitimação formal e legitimação substancial [...] graças a esta dissociação, a legitimidade do direito positivo reporta-se aos valores fundamentais de ordem constitucional.[87]

Novamente, convém esclarecer que o conceito de validade adotado pela matriz epistemológica garantista discrepa da definição utilizada pela doutrina positivista tradicional. Enquanto na concepção tradicional a validade corresponde ao atendimento das exigências formais impostas pelo ordenamento jurídico, sob uma ótica garantista, a validade é concebida como a adequação substancial dos atos em relação aos direitos fundamentais no seu aspecto valorativo, sendo que, neste âmbito, o controle se opera por meio de princípios.

A dissociação dos planos de vigência e validade dos atos administrativos, pontua-se, é de suma importância no aprimoramento científico em matéria de controle de discricionariedade da Administração Pública, na medida que permite a otimização da incompleta doutrina do *détournement de pouvoir*, inapta à satisfação das exigências impostas pelo Estado Constitucional de Direito e à construção de uma democracia substancial.[88]

Feitas estas breves considerações, importa esclarecer que, na fase do controle de validade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, cumprirá ao judiciário, enquanto controlador externo da atividade administrativa, verificar a observância pelo administrador público dos princípios constitucionais escorados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos por eles traduzidos.

Deverá, outrossim, avaliar as consequências sócio-políticas das decisões administrativas em questão, harmonizando-lhe com uma dimensão política de primazia do administrado frente à Administração.

Ao fazê-lo, no entanto, deve o julgador proceder com cautela, sob pena de *"uma retomada jusnaturalista do direito"*. Com efeito, diferentemente do que se verifica na fase de aferição da *vigência* da atuação administrativa - caracterizada pela emissão de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras -, na fase da aferição da *validade,* o controle jurisdicional perpassa por juízos de valor, o que

[87] CADEMARTORI, 2015, p. 188.
[88] CADEMARTORI, 2000, p. 187/188.

novamente traz à tona a problemática verificada no âmbito controle intelectivo de ter-se o judiciário alçado ao papel de "enunciador da valoração adequada". [89]

Quanto a isto, cumpre esclarecer que o sentido que o julgador deverá dar à norma aplicanda é necessariamente aquele que melhor garanta os direitos fundamentais dos jurisdicionados e torne mais efetivas as normas constitucionais, com a redução do desvio entre estas e a realidade social e jurídica.

Assim, para efetuar tal controle, o órgão judiciário deverá considerar os pressupostos de validade do ato em questão, notadamente o motivo, a finalidade e a causa,

> verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico constitucional do ato administrativo com aquilo que, no caso concreto, possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas.[90]

Bem por isso que é que a intelecção dada pela Administração Pública por ocasião da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados, além de adstrita ao campo possível de significância e formalmente legítima, deve ser conectada à uma dimensão política de centralidade do administrado frente à Administração Pública e à uma dimensão moral de consonância da atuação administrativa com os valores fundamentais, outorgando coerência e legitimidade ao controle jurisdicional incidente sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados.

8 Considerações finais

Embora a parcela significativa da doutrina nacional defenda que a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados é ato vinculado, parece mais acertado afirmar que o emprego de conceitos vagos na proposição jurídica e a expressa atribuição de competência discricionária produzem idêntico resultado jurídico (minimização da intensidade vinculatória do administrador público ao texto legal, limitação da sindicabilidade judicial da decisão administrativa e inoponibilidade de direitos subjetivos frente ao comportamento administrativo adotado), justificando o reposicionamento da concreção dos conceitos fluidos ao âmbito da discricionariedade administrativa.

[89] CADEMARTORI, 2000, p. 187/188.
[90] Ibidem, p 189.

No que tange ao controle judicial da aplicação de conceitos fluidos, observa-se, a partir da análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a matéria permanece bastante controversa e recebe tratamento pouco uniforme. Há, contudo, forte tendência em se admitir o amplo e irrestrito controle judicial sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito fluido.

Essa tendência, contudo, vem justificando a indevida incursão do Judiciário em espaços de legítima atuação administrativa, culminando no acirramento da tensão entre os Poderes, sobretudo no que concerne ao controle externo da Administração Pública.

Assim, diante das vicissitudes e idiossincrasias presentes na doutrina e jurisprudência nacional, afigura-se potencialmente profícua a racionalização da sindicabilidade dos conceitos jurídicos por meio da adoção do método controle proposto neste ensaio, baseado na aferição da adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, na análise da legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, na aferição holística da validade da atuação administrativa, mediante a sua conformação com um plano axiológico-constitucional.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Vícios no Exercício do Poder Discricionários**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 2, p. 1213 – 1261, Revista dos Tribunais, Nov/2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. (Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1279607/PR**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011

_____. **RMS 19.590/RS,** Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

_____. **RMS 19.210/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

_____. **AgRg na MC 4.053/RS**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

_____. **RMS 36.325/ES**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

_____. **REsp 1330841/SP**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013.

_____. **MS 18.666/DF**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699**, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado constitucional e democrático de direito**. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Orientador: Ubaldo Cesar Balthazar. 243 p.

_____. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. In: Ubaldo Cesar Balthazar e Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). Direito Tributário e outros temas. 1ª ed., p. 185-194. Florianópolis: Insular, 2015

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Estado de Direito e Separação dos Poderes**. Palestra proferida ao programa de Pós-Graduação em Direito Público Faculdade Damásio de Jesus, Módulo I – Teoria Geral do Estado, fev. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRIÓ, Genaro. ***Notas sobre derecho y Lenguaje***. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n.141, jan./mar. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo REDAE nº 9 (fev/mar/abr 2007), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. *A.* ***El concepto de derecho***. Tradução por Genaro Carrió. Mexico: Nacional, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., 2. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil**. Interesse Público, v. 5, n. 23, p. 21-49.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORBIDELLI, Giuseppe. ***Introduzione a Diritto e All' Interpretazione***. In: MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. ***Diritto Constituzionale Italiano e Comparato***. 2ª ed. Bologna, Monduzzi Editore, 1997.

RODI, Maria Tecla. ***I concetti Giuridici Indeterminati: comparazioni tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto***. Tese (Dottorato di ricerca in diritto ed economia), Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014. Orientador: Marcello Clarich, 273p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2012.074478-3**, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2012.057814-6**, de Rio do Sul, rel. Des. Edemar Gruber, j. 30-07-2015.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

TOURINHO, Rita. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. Revista Eletrônica de Direito do Estado/ REDE 15 (jul/set/ago 2008), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.

DIREITO E LITERATURA: PONTOS DE INTERSECÇÃO E POSSIBILIDADES PEDAGÓGICAS

Ana Carolina Rodrigues Dutra [*]

Resumo: O propósito deste trabalho é incentivar uma abordagem dialogada entre o Direito e a Literatura, apresentando essa relação como um instrumento enriquecedor no estudo do direito, porquanto dotada de significativo potencial pedagógico. A ideia é mostrar que as possibilidades interdisciplinares formadas com a interação entre esses dois campos do conhecimento constitui importante aporte metodológico ao ensino e formação jurídicos. Para tanto, este artigo fará breve exposição de algumas das iniciativas de pesquisas e atividades desenvolvidas tanto em âmbito internacional, quanto nacional, além de visitar um dos possíveis pontos de intersecção que podem ser gerados nesse vínculo, sempre enfatizando a relação entre o Direito e a Literatura como uma alternativa teórica ao estudo do direito.
Palavras-chave: Direito. Literatura. Ensino jurídico.

Abstract: The purpose of this paper is to enhance an associated approach between Law and Literature, presenting this relation as an enriching instrument in the study of law, for it has a significant pedagogic potential. The idea is to show that the interdisciplinary possibilities composed by the interaction of this two fields of knowledge, constitute an important methodological contribution to legal education and background. Therefore, this article will briefly bring to light some research initiatives and developed activities world-wise as also national-wise. Also, it visits one of the points of intersection that may be created in this bond, always emphasizing the relation between Law and Literature as a theoretical alternative in the Law study.
Key-Words: Law. Literature. Legal education

1 Introdução

A proposta do presente trabalho é apresentar, sob a perspectiva da interdisciplinaridade, a Literatura como instrumento para a compreensão do fenômeno

[*] Graduanda da oitava fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

jurídico. Relacionar esses campos constitui uma alternativa para repensar o direito, na medida em que, por meio desse vínculo, abre-se possibilidade para a construção de interações enriquecedoras.

Tal abordagem constitui uma metodologia para o ensino jurídico que tem muito a oferecer no combate à esterilização do direito. Fechar esse campo em um sistema hermético é insuficiente para abarcar as complexidades do mundo contemporâneo e, nesse sentido, revisitar a literatura e realizar, a partir dela, um estudo comparado com o direito, descondiciona o olhar do jurista, geralmente reduzido a pretensas certezas acerca da letra da lei.

Estudos envolvendo Direito e Literatura têm ganhado relevo no âmbito nacional e a busca é cada vez mais por uma análise comprometida no que diz respeito às possíveis relações entre esses campos. Para tanto, há um amplo acervo teórico firmado por europeus e norte-americanos, ao longo do século XX, contribuindo para uma prática fundamentada e não meramente ilustrativa.

Sob essas considerações, este trabalho está divido em duas partes. Na primeira será exposto um breve panorama das pesquisas internacionais e nacionais na área. O intuito é mostrar que o vínculo entre o Direito e a Literatura é algo que tem sido construído como alternativa teórica interessante tanto do ponto de vista filosófico e da teoria do Direito, quanto do ponto de vista do ensino e formação jurídicos. A segunda parte tratará de um dos possíveis pontos de intersecção entre os campos em questão, chamando a atenção para a Literatura como uma nova perspectiva para ver e ensinar o Direito, além de reconhecer ser a linguagem o grande ponto comum nessa relação.

2 Panoramas da pesquisa

Durante o século XX, cresce, em faculdades norte-americanas e europeias, a importância dada ao estudo que vincula o Direito e a Literatura. Há o avanço de trabalhos envolvendo programas, centros, cursos e institutos de pesquisa na área (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.12).

A afirmação desse estudo está inserida no movimento "direito e sociedade", representante de uma nítida linha antipositivista e dotado de um conteúdo afinado ao resgate de uma formação humanística. Tornou-se uma clara reação às insuficiências do logicismo-formal positivista e constituiu, portanto, uma alternativa teórica para se estudar o direito em face dos limites verificados diante da voga de uma "ciência pura" (SIQUEIRA, 2011, p. 36).

No que diz respeito ao contexto norte-americano, Eliane Botelho Junqueira (1998) destaca:

> Diferentes análises sobre direito vêm disputando espaço na academia norte-americana a partir da década de sessenta, quando se inicia o movimento direito e sociedade e, logo em seguida, o movimento direito e desenvolvimento. As correntes *law and economics, law and society, critical legal studies, critical race theory* e *feminist jurisprudence*, dentre outras, sem dúvida são conhecidos exemplos dessa efervescente produção acadêmica. Mais recentemente, o "movimento" law and literature conquistou importante espaço institucional, quer através da publicação de revistas especializadas, quer através da criação de disciplinas específicas dentro dos currículos das faculdades de direito. (p. 21)

Em uma pesquisa realizada nos Estados Unidos ao final da década de 80, - no ano de1987 mais precisamente - os dados obtidos revelaram a força dessa linha em terras norte-americanas. O levante indicou que de 175 faculdades no país, 38 tinham presente alguma disciplina que poderia ser classificada dentro do campo *Law and Literature* (GEMMETTE apud BOTELHO).

Estudando a fundo os pontos de intersecção entre os campos, chega-se a uma multiplicidade de vozes e contribuições teóricas, algumas que vêm antes mesmo dos trabalhos desenvolvidos por impulso do movimento direito e desenvolvimento, na década de 60. Citando alguns nomes e, evidentemente, deixando outros não menos importantes – muitos, diga-se de passagem -, cabe mencionar John Herny Wigmore, Benjamim Nathan Cardozo e James Boyd White. Esse último será abordado no tópico 2.1.

John Henry Wigmore foi um importante jurista norte-americano, reconhecido por seus estudos acerca de provas judiciais. Em 1908 publica *A list of one hundread legal novels,* trabalho no qual delineia uma clara função pedagógica do estudo comparado entre o direito e a literatura. O autor aponta uma série de obras literárias que contêm importantes temáticas jurídicas. A catalogação feita objetivava levar o jurista a tomar a literatura como um instrumento para aprender o direito. A preocupação de Wigmore era tão genuína que ele até mesmo sugere aos juristas fazer uma seleção cuidadosa diante da impossibilidade de ler todos os romances ali listados (GODOY, 2007).

Benjamin Cardozo por sua vez, desenvolve-se na perspectiva do Direito como Literatura, isto é, o direito como atividade literária. Godoy (2007), com base na linha do referido autor afirma: "Para Cardozo forma não se adere à substância como mero adereço; forma e substância fundem-se, formam unidade única. Direito e Literatura, substância e forma, nesse sentido, subsistiriam amalgamados".

Como renomado juiz, Cardozo propôs interpretar sentenças judiciais como um texto literário e dessa forma, consagra-se como um pai fundador dos estudos entre direito e literatura – um *fouding father* – da mesma forma que Wigmore no âmbito de suas enriquecedoras análises de enredos e personagens presentes nas obras levantadas - clara exposição de uma natureza humana multifacetada (GODOY, 2007).

2.1 James Boyd White e o Law and Literature Movement

A produção acadêmica do Law and Literature tem como um dos seus principais expoentes James Boyd White, autor que defende a ideia de que, a partir dos textos literários, é possível aos operadores do direito encontrar caminhos inovadores para a compreensão e interpretação da ordem jurídica (SIQUEIRA, 2011, p. 37).

Em seu artigo "The Background of the Legal Imagination", ele explora o contexto cultural no qual aflora o Law and Literature Movement. A proposta está em explicar os objetivos e as premissas de sua própria contribuição inicial ao movimento, na forma do livro por ele escrito *The Legal Imagination* (publicado pela primeira vez em 1973).

Segundo White (2010, p. 2), na época da produção de seu trabalho, poucas eram as conexões desenvolvidas ligando direito e as literaturas humanas de uma maneira autoconsciente. Entretanto, qualquer alegação de que a conexão entre direito e humanidades teve início em 1973 seria obviamente equivocada na medida em que os vínculos entre direito e as artes da linguagem percorrem todo o percurso do jurídico em suas origens vinculadas à história europeia.

Para os gregos e romanos, o operador do direito era, em grande medida, um retórico. A retórica foi o centro da educação europeia até pelo menos o século XVII, e ainda por muito tempo, acreditou-se que uma boa educação no passado humanista era essencial para a sublimidade no direito. Da mesma forma, no século XIX e em grande parte do século

XX, coloca White, teria sido óbvio para a maioria dos advogados que eram oradores e escritores por profissão, que o direito em si era um ramo da cultura maior, e que uma educação humanística ampla seria essencial para a sua excelência.

Selar Direito e Literatura, de fato, não é algo tão inovador se considerarmos que há a tradição de uma cultura - principalmente ocidental - na qual o homem das leis também o era das letras. Porém, os caminhos cultivados pelo formalismo do positivismo jurídico, tornaram o direito cada vez mais racional, técnico e burocrático (GODOY, 2007).

White, em consonância a essa ideia de que o vínculo entre o Direito e a Literatura é uma novidade que, em bem verdade, foi "renovada" escreve

> […] quando eu e outros começamos a pensar em conectar direito com o mundo das humanidades e da literatura, não estávamos, de fato, realizando algo novo e chocante - apesar de ser essa a visão de alguns, e talvez também a nossa – mas algo, em verdade, muito antigo e fora de moda. Estávamos buscando tornar consciente uma tradição que remonta ao primórdios do pensamento jurídico ocidental (Tradução nossa)[1].

Partindo da premissa de que o jurídico é essencialmente cultural e argumentativo, ele compreende que entender o direito passa, sobretudo, pela análise do que existe por trás dos discursos e, portanto, não há que se falar em construções linguísticas desprendidas de valor. O Direito é visto como retórica socialmente construída, isto é, os fluxos de discursos surgem no seio da comunidade cultural e objetivam atingir o convencimento dos destinatários acerca de determinada questão. Há, na concepção de White, um paralelo inventivo semelhante entre a literatura e o direito na produção de seus textos (SIQUEIRA, 2011).

Em *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, trabalho que ganhou maior notoriedade em sua vasta produção bibliográfica sobre o tema, White, reunindo textos literários e também sentenças, decisões judiciais, leis e seus próprios escritos, sustenta a já mencionada visão de o direito como um verdadeiro complexo cultural, o qual interage intimamente com a criatividade e imaginação literária, considerando esses dois fatores como integrantes da racionalidade do mundo jurídico (TRINDADE, GUBERT, 2008, p. 27).

White, então, toma o Direito como uma atividade essencialmente de linguagem, sendo a educação legal fundamentalmente literária e retórica, assim, "learning to read and judge the best

[1] Do original: "When I and others began to think of connecting the law with the world of humanities and literature, we were in fact not doing something new and shocking, though that is how some saw it, and perhaps how it felt to us, but something very old fashioned indeed. We were seeking to make conscious a tradition that went back to the beginnings of legal thought in the west .But this was a tradition that took itself largely for granted, and there was very little that addressed it directly".(WHITE, 2007, p.5)

literature was thought to be an education of the whole mind, and a worthy goal for a whole life"[2] (WHITE, 2010). Nesse sentido:

> [...] uma das teses mais importantes de White é justamente a de que o direito é uma arte de leitura e de escrita, atributo de uma irrecusável herança linguística, que constitui, em certa medida, uma cultura de argumentação, através da qual se opera, simultaneamente, a preservação e a transformação dos textos, das ideias e dos valores jurídicos de uma determinada comunidade. (AGUIAR E SILVA apud TRINDADE, GUBERT)

As contribuições teóricas desenvolvidas nos Estados Unidos envolvem também outros importantes nomes como Richard Weiseberg, Richard Posner, Robin West, Ronald Dworkin e entre outros que, ao lado de James Boyd White, fizeram os estudos do direito e literatura ganharem um contorno mais firme no país norte-americano, posto que o que se observa é uma escola verdadeiramente comprometida em dar especificidade ao tema. Alguns acontecimentos elucidam tal constatação (SANSONE apud TRINDADE, GUBERT):

a) Promoção de conferências e simpósios universitários sobre direito e literatura;
b) Criação de revistas especializadas;
c) Criação de organizações e associações;
d) Instituição de disciplinas universitárias de direito e literatura;
e) Publicação de monografias sobre o tema.

O Brasil tem desenvolvido, nos últimos anos, atividades como as que foram pontuadas acima. O caráter ainda é inicial, porém, já há uma importante relevância quanto aos estudos realizados.

2.2 Atividades no âmbito nacional

O Brasil ainda tem uma produção incipiente tanto em pesquisas quanto em práticas pedagógicas nessa área, no entanto, já existem trabalhos de importante relevância no cenário acadêmico nacional, tais como: "Literatura e Direito: uma nova leitura do mundo

[2] Aprender a ler e julgar a melhor literatura foi pensado para ser uma educação plena da mente, um objetivo digno para toda vida. (Tradução nossa) (WHITE, 2010, p. 9). Ele coloca ainda a linguagem artística como dotada de um caráter complexo e relevante em muitas dimensões tanto estéticas, intelectuais, emocionais quanto éticas e políticas. O significado de uma expressão literária encontra-se na experiência complexa de envolvimento, uma experiência que tem a sua própria forma e significado - e uma experiência que pode ser apreendida apenas por uma mente e imaginação treinados para observar e responder o que é suscitado por elas. (Cf. WHITE, 2010, p. 8)

das leis", de Eliane Botelho Junqueira (1998); "Direito e Literatura: anatomia de um desencanto", de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2004); "O estudo do direito através da literatura", de Luís Carlos Cancellier de Olivo (2005), entre outras publicações. Nesse último, a proposta é discutir as relações entre os dois campos de estudo partindo de uma análise do legado shakespeariano.

No Rio Grande do Sul, as iniciativas realizadas pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica contribuíram com o projeto "Direito & Literatura: do fato à ficção". Fundado por professores de Direito e acadêmicos, o referido instituto foi criado para possibilitar novos diálogos diante da constatação da crise do ensino jurídico. A associação civil sem fins lucrativos, traz também duas importantes publicações: "Direito e Literatura: reflexões teóricas" e "Direito e Literatura: ensaios críticos" - ambos de 2008.[3]

De título homônimo ao do projeto, cabe destacar também o programa de televisão que contou com cinco temporadas de episódios gravados entre os anos de 2008 e 2010. Produzida pela TV UNISINOS, a atração, que agora está com os trabalhos encerrados, discutiu obras literárias clássicas importantes para ensejar debates envolvendo temas do campo jurídico e da atualidade de um modo geral. Ainda há exibição na TV Justiça e também a possibilidade de acessar os vídeos via internet.

Essa nova área do ensino jurídico também ganha importante contorno em Santa Catarina. Na universidade federal do estado (UFSC), o "Literato", Grupo de Pesquisa em Direito e Literatura, iniciou, no ano de 2007, atividades envolvendo questões de cunho teórico e prático na disciplina. Para tanto, partiu-se da análise dos principais teóricos vinculados ao movimento, tais como o já mencionado James Boyd White, expoente nos estudos sobre retórica; Ronald Dworkin e sua ideia do direito como interpretação; François Ost, filósofo que desenvolve a teoria do direito contado assentada em técnicas de argumentação e interpretação; e entre outros nomes importantes para que os caminhos interdisciplinares desenvolvidos não caíssem na superficialidade de uma interpretação literária vaga e deficiente de subsídios teóricos mais consistentes.

Os encontros, desde o começo, envolveram graduandos do curso de Direito e alunos do mestrado, o que permitiu uma evidente integração entre graduação e pós-graduação.

[3] Disponível em: < http://www.ihj.org.br/poa/>. Acesso em:15 de novembro de 2013.

Registrado no Diretório Nacional do CNPq, o grupo contou com projetos de pesquisa, participação em eventos de extensão - como os mini cursos "Direito e Literatura: Estreitando Laços" (2008) e "Direito e literatura infantil: relações de poder e contos de fada" (2009) - além da publicação da coleção "Direito e Literatura" que integra, dentre outros trabalhos, os anais do Simpósio Direito e Literatura, que contou com a participação de pesquisadores nacionais e estrangeiros, realizado no ano de 2010.

3 Direito e literatura: pontos de intesecção e reflexão sobre o ensino jurídico

O estudo da linguagem é central tanto no Direito quanto na Literatura, afinal, é das construções linguísticas presentes em ambos que extraímos significados, cargas semânticas, descrições e valorações que não podem ser dicotomicamente separadas, tal como propõe o viés positivista (SIQUEIRA, 2011, p.35). O direito, assim, mostra-se intimamente ligado à interpretação.

Ronald Dworkin é considerado um dos pais e principais expoentes daquilo que se veio a chamar pós-positivismo, tornando-se um autor bastante estudado nos campos da filosofia, teoria do direito e hermenêutica. Sua importância para o objeto deste trabalho repousa sobre sua ideia de Direito, que, para ele, é como uma atividade de interpretação. Em introdução ao capítulo "De que maneira o Direito se assemelha à literatura" do livro "Uma Questão de Princípio", Dworkin propõe uma comparação entre interpretação jurídica e interpretação de outros campos - com destaque para a Literatura - como uma possibilidade de aprimorar nossa compreensão de Direito. Nesse sentido, tomar a interpretação jurídica como uma prática *sui generis* não é o melhor caminho, mas ela deve ser uma atividade atenta a outros contextos e formas de interpretação artística (DWORKIN, 2000).

As artes em geral e, portanto, a literatura não visam somente descrever a realidade como ela acontece, mas desenvolvem determinada linguagem que não necessariamente é uma representação absoluta e fiel do que vemos. Cria-se uma outra esfera em que a intenção do autor e a valoração de quem vê são até importantes, mas não esgotam a relação entre o humano e o artístico. A obra é um discurso que se desprendeu, e o direito,

semelhantemente, se desprende do momento inicial da criação do discurso e torna-se uma linguagem que é, também, objeto de interpretação.

Entrar em contato com a natureza da linguagem, portanto, envolve o estudo da Literatura e, através dela, é possível compreender que as fontes do direito estão diretamente ligadas a uma demanda por sentidos e vínculos de compreensão de uma determinada comunidade, de forma que o dogma da completude de um ordenamento jurídico é desconstruído em face de uma arte literária capaz de trazer em relevo a dinâmica jurídica como um processo inventivo e criador (SIQUEIRA, 2011, p. 35).

O ideal de pureza kelseniano pretende explicar o direito a partir dos conceitos e argumentos exclusivamente jurídicos. Vai indicar o sincretismo metodológico - trazer conceitos de outras ciências, como a filosofia, a história, a economia, a psicologia - como uma explicação impura. Exercer a teoria pura, para ele, é explicar o direito a partir dos conceitos jurídicos sem a remissão a outros saberes. Não que Kelsen desconheça a importância dessas disciplinas e conhecimentos para o direito, mas considera que essa interseção e interlocução, não é matéria própria para o jurista, que tem que se ater a uma ciência pura do direito. (KELSEN, 2006, p.1)

A perspectiva do estudo do direito através da Literatura, porém, vai de encontro a essa ideia de isolamento com outros campos e, ao contrário, reforça esse laço. A literatura abre novas perspectivas metodológicas e recupera a superação dos limites positivistas, um compromisso antecipado por importantes juristas - tais como Roberta Lyra Filho - ao recorrer à literatura como fonte para entender mentalidades, uma vez que ela não se mostra menos elucidativa se comparada a uma descrição técnica e objetiva acerca do mesmo assunto.

3.2 A literatura como aporte metodológico ao ensino do direito

Do ponto de vista do Ensino Jurídico, o potencial pedagógico da Literatura tem se revelado um importante fruto da dedicação dada, no meio acadêmico, aos estudos que

conectam os dois campos. A esteira da interdisciplinaridade tem sido um dos caminhos conscientes para que a formação do aluno do Direito ultrapasse a dimensão técnica.

Em sua tese de doutorado, Joana Aguiar e Silva (2008) coloca que a concretização do aspecto pedagógico no âmbito do ensino do Direito é um ponto de concordância entre a grande maioria dos pesquisadores, que de alguma maneira, têm se debruçado sobre esses estudos interdisciplinares associando-os à Literatura. Em face desses trabalhos, ela reforça que a falta de autonomia do Direito seria uma evidência diante da dinâmica de um ciência que está intimamente ligada à cultura, isto é, dois planos que se interpenetram constantemente, afinal, o direito é tecido na sociedade, no bojo dos fatos sociais.

Nesse sentido, a constituição do Direito comporta elementos que a um primeiro momento podem ser marginalizados por se tratarem de espécies extrajurídicas mas que, na realidade, compõe o cerne para uma compreensão crítica das múltiplas facetas do jurídico. Assim, a doutora portuguesa assinala a necessidade de os currículos universitários abarcarem essa pluralidade de elementos, de forma a dedicar um espaço para a prática de um efetivo estudo dos campos jurídico-culturais, o que, por sua vez, contempla análises de retórica, hermenêutica, psicanálise e entre outras linhas que servem como ponto de partida para o Direito (2008, p. 129).

Sob a perspectiva do direito na literatura, viés que repousa sobre os estudos de temas jurídicos em obras literárias fictícias:

> [...] Aguiar e Silva afirma que a literatura constitui um ágio para os juristas, na medida que lhes possibilita a perspectiva de mundos que são alternativos àquele tradicional, permitindo-lhes experimentar – de modo seguro – a complexidade da vida mediante a participação de escolhas, decisões e submissões de personagens que, na verdade, são autênticas provocações [...] é preciso reconhecer que a literatura torna os leitores pessoas mais críticas, o que é fundamental à prática do direito. (AGUIAR E SILVA apud GUBERT, TRINDADE, p.16)

Os textos literários favorecem a capacidade imaginativa e transcendem os limites cumpridos pelo texto legal. Configuram-se como uma obra não encerrada, mas passível de abertura, afinal, a ficção enseja o exercício e depuração do raciocínio em uma constante recriação. É "o pressuposto de que o conhecimento das obras literárias pode auxiliar tanto o estudante como o profissional a entrar em contato com determinadas 'experiências legais'" (BOTELHO, 1998, p. 24-25).

Ada Siqueira (2011) coloca que Joana Aguiar e Silva visualiza o casamento entre estudos literários e jurídicos como união que culmina em vocação e potencial pedagógico não só por propiciar uma já mencionada compreensão do direito sob um viés cultural, mas também por lançar alicerces para a formação de juristas cidadãos. Isso porque, por meio de uma construção dinâmica, o próprio aluno pode conduzir seu pensamento a um exame crítico autônomo, com base na reflexão das principais questões do direito. Consiste, portanto, em uma formação capaz de aperfeiçoar a sensibilidade e a noção de alteridade dos estudantes, o que, por consequência, contribui para que seja um profissional coerente com a realidade social.

Finalmente, Luis Cancellier em seu artigo "A literatura como aporte metodológico no ensino do direito" reforça que, diante da constatação da crise do ensino jurídico brasileiro, há que se enveredar por essa alternativa teórica, por isso a reciprocidade de benefícios dessa relação deve ser uma reflexão presente em sala de aula (RODRIGUES; ARRUDA, 2012, p.226).

Essa abordagem dialogada entre direito e literatura, a partir de um viés pedagógico e metodológico, objetiva formar um estudante-leitor capaz de se valer do literário para construir relações entre linguagem, prática jurídica e reflexão crítica.

4 Considerações finais

Nossa capacidade de expressão está condicionada ao uso da linguagem, por isso as formas de discurso que surgem no direito e na literatura podem, quando vinculadas, gerar um crescimento recíproco. Tanto as teorias literárias desenvolvidas acerca da filosofia da linguagem quanto os temas jurídicos que se infundem nas obras artísticas revelam, respectivamente, que encontrar o literário no jurídico ou o jurídico no literário é consequência de uma relação que não poder ser deixada de lado.

A dimensão intertextual e interdisciplinar entre essas duas linguagens enseja uma alternativa teórica que não é menos eficaz que, por exemplo, a leitura de manuais de direito. O que se tem é uma mudança de posição e, consequentemente, de perspectiva por parte do observador. Nesse sentido, a literatura constitui um instrumento para (re)pensar o direito e, portanto, um aporte metodológico ao ensino e formação jurídicos, constituindo-se de um claro potencial pedagógico ao propor a rediscussão de temas fundamentais ao direito

e que estão imersos em uma realidade e imaginário social dinamizado por constantes mudanças.

Este trabalho, dentro de seus limites, buscou visitar pontos de intersecção que podem ser gerados entre o direito e a literatura, além de procurar expor algumas das iniciativas de pesquisas e atividades desenvolvidas tanto em âmbito internacional quanto nacional, sempre enfatizando a possibilidade da constituição de uma alternativa teórica ao estudo do direito.

Referências bibliográficas

AGUIAR E SILVA, Joana Maria Madeiro de. Direito e cultura (populares). **Ainda as virtude pedagógicas do Direito e Literatura**. In: _____ Para uma teoria hermenêutica da justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas, Minho, UMinho, 2008

DWORKIN, Ronald. **De que maneira o Direito se assemelha à Literatura**. In _____. Uma questão de princípio. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**. Os pais fundadores: John Wigmore, Benjamim Natahn Cardozo e Lon Fuller. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-e-literatura-os-pais-fundadores-john-henry-wigmore-benjamin-nathan-cardozo-e-lon-fu>. Acesso em 06/ 11/ 2013

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Literatura e Direito: Uma Outra Leitura do Mundo das Leis**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo (SP): M. Fontes, 2006

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura**. 2. ed. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2012. 256p (Fundação Boiteux)

OST, François. **El reflejo del derecho en la literatura**. In: Doxa, cuadernos de la Filosofia del Derecho. Nº 29, 2006, p. 333 – 348. Disponível na internet: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-reflejo-del-derecho-en-la-literatura-0/>.Acesso em 06/ 11/ 2013

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica**. 2.ed. corrigida. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>.

SIMPÓSIO DE DIREITO E LITERATURA, 1., 2010, Florianópolis, SC); OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Anais ... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. 3 v.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. **Notas sobre Direito e Literatura: o absurdo do Direito em Albert Camus**. Florianópolis: Ed. Da UFSC/Fundação Boiteux, 2011

TRINDADE, André K.; GUBERT, Roberta M. **Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito**. In: TRINDADE, André K., GUBERT, Roberta M., NETO, Alfredo C. Direito e literatura: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

White, James Boyd, The Cultural Background of 'The Legal Imagination' (January 12, 2010). OPTIONS FOR TEACHING LITERATURE AND LAW, A. Sarat, C. Frank, M. Anderson, eds., Modern Language Association, 2011; U of Michigan Public Law Working Paper No. 180. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1535599>. Acesso em 01/ 11/ 2013

JUSTIÇA SEGUNDO RAWLS: UMA ANÁLISE DO CONTO HARRISON BERGERON

Bruna Costa Valença[*]
Gabriela Marques de Almeida[**]
Thais Becker Henriques da Silva[***]

Resumo: O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise da sociedade distópica do conto Harrison Bergeron, sob o enfoque dos conceitos de liberdade, igualdade e justiça. Para isso, utiliza-se a noção de sociedade justa concebida pelo filósofo John Rawls, assim como o exame feito pelo autor Michael Sandel das ideias daquele. Não somente apresenta-se a clara constatação da não conformidade da sociedade imaginária com os ideais de Rawls, mas também pode-se observar as críticas que foram feitas à teoria do autor, mostrando as mitigações que podem ser incrementadas a suas concepções.

Palavras-chave: Justiça. Igualdade. Liberdade. Harrison Bergeron. John Rawls.

Abstract: The purpose of the current essay is to analyze the society presented by the Harrison Bergeron short story under the perspective of freedom, equality and justice. In order to do so, we use John Rawls' notion of a just society and the inputs that Michael Sandel made to his theory. Not only do we recognize the clear contrast between the imaginary society and Rawls' ideas, but we also observe the critics that were made to the author's theory while pointing the mitigation that could be made to his conceptions.

Keywords: Justice. Equality. Freedom. Harrison Bergeron. John Rawls.

1 Introdução

Kurt Vonnegut, em seu conto intitulado Harrison Bergeron publicado em 1961,

[*] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.
[**] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.
[***] Graduanda em Direito na Univerisdade Federal de Santa Catarina.

relata uma sociedade distópica, em que a busca pela igualdade é tão intensa que não existe espaço para o diferente. Nesta pequena estória, que acontece no ano de 2081, a igualdade plena na sociedade em questão é finalmente alcançada, tanto no quesito físico, como no mental, o que significa dizer que ninguém é mais inteligente, mais bonito ou mais forte que ninguém, todos são perfeitamente iguais.

Ali, a forma utilizada para igualar os homens é a imposição de apetrechos niveladores, os quais são graduados na medida das aptidões naturais de seu portador. Portanto, caso o indivíduo tenha uma força física maior que a considerada "normal", por exemplo, este deveria usar determinada quantia de pesos em seu corpo calculada pelo governo a fim de garantir o padrão desejado de igualdade. Tais imposições eram feitas para que nenhuma pessoa tirasse vantagens injustas de seu "dom natural arbitrário".

Note-se que a maneira pela qual se implementou o governo do caso narrado pelo autor foi pela via democrática, de modo que, ao contrário do que se parece, o referido governo não é resultado de uma ditadura, de uma guerra ou mesmo de um golpe, sendo, na verdade, fruto de emendas à Constituição, mais especificamente, das emendas número 211, 212 e 213. Observa-se, assim, que a população deu seu consentimento, mesmo que de forma indireta, por meio de seus representantes, para a implantação deste modelo de governo.

Ocorre que, apesar de, em tese, a referida sociedade ter encontrado seu fim maior, qual seja a igualdade entre aqueles que a compõe, nem mesmo a repressão exercida pelo governo foi suficiente para conter o jovem Harrison, o qual possuía talentos incomparáveis. Aos quatorze anos, por exemplo, com seus já dois metros e portador de uma força física inigualável, suportava pesos de aproximadamente 100 quilos em seu corpo. Ademais, além dos aparatos limitadores da sua força física, Harisson, era submetido a utilização de um ponto em seu ouvido, que emita ruídos constantes com o intuito de restringir sua capacidade de raciocínio e desenvolvimento de ideias.

No caso narrado, Harrison, coloca-se como um dos únicos a contrapor-se aos padrões daquela sociedade e acaba, ao final, sendo morto pelo próprio sistema, como uma forma de silenciar o diferente. Nesse sentido, ao apresentar tal situação hipotética, discute o autor a relação existente entre os conceitos de igualdade, justiça e liberdade, bem como, reflete sobre quais elementos são necessários para garantir a justiça em um pacto social que funda um Estado. E, ainda, se é de fato possível alcançar o primado da justiça social sem

lançar mão da liberdade individual.

Visa, então, o presente trabalho, a discussão desses três conceitos fundamentais de liberdade, justiça e igualdade, e suas devidas importâncias na construção de uma sociedade. Para guiar esse raciocínio analisaremos também as ideias do filósofo John Rawls e suas perspectivas sobre uma sociedade justa.

2 Desenvolvimento

2.1 Da Igualdade

O caso em epígrafe claramente versa sobre a questão da isonomia e, na verdade, vai além, pois coloca a questão da igualdade como o objetivo direcionador e fundamental de uma sociedade justa. Antes, no entanto, de ater-se a relação existente entre igualdade e justiça, faz-se necessário refletir sobre alguns pontos como: O que é igualdade? Como este conceito é compreendido na constituição brasileira, por exemplo?

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal[1], prescreve que todos são iguais perante a lei, a qual não tem como finalidade meramente igualar os cidadãos que estão perante a si, mas também procura estabelecer que a própria lei não pode ser editada em desconformidade ao princípio da isonomia, ou seja, esse preceito é voltado tanto para o aplicador da lei, quanto para o legislador.

Essa ponderação é importante, pois estabelece que a lei não pode ser fonte de privilégio ou perseguições, mas sim deve ser instrumento regulador da vida social que procura proporcionar igualdade de oportunidades.

Dentro desta perspectiva constitucional brasileira, é possível relacionar a tese do Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello com o caso apresentado. Celso A. B. De Mello, em seu livro "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade"[2], inicia a discussão a respeito da isonomia citando Aristóteles, em seu clássico conceito de igualdade: "Igualdade consiste em

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades".

Para o autor, o pensamento de Aristóteles, ainda que insuficiente, aborda um ponto fundamental à discussão, qual seja, de que igualdade não significa aniquilar ou diminuir as diferenças em si, mas sim aprender a trabalhar e a lidar com elas. Assim, de imediato, é possível perceber uma divergência deste conceito com o que se coloca no conto de Kurt Vonnegut, pois este aborda a igualdade como a ausência de diferenças, sejam elas físicas, mentais, ideológicas e etc.

Celso de Mello, no entanto, em seu livro avança ainda mais quanto ao que propõe Aristóteles, colocando a questão: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Que medida de desigualdade é essa? Qual é o critério legítimo que autoriza, sem atentar à isonomia, distinguir pessoas e situações para fins de tratamentos diversos?

Ao tentar responder a essas perguntas, Celso estabelece três critérios pelos quais uma norma jurídica deve ser analisada a fim de responder se respeita ou não o princípio da isonomia jurídica: a escolha do fator determinante da norma, a correlação lógica entre o fator escolhido para o discrímen e a diferenciação prescrita pela lei e, por fim, a consonância desta correlação com os valores protegidos pela nossa constituição.

Se analisados estes três pontos com o caso narrado, poderíamos dizer que uma norma que ordena que pessoas bonitas utilizem máscaras e que pessoas com maior força utilizem pesos em seus corpos realmente garante igualdade? Se sim, que tipo de igualdade garante? Será que é desse tipo de igualdade que uma sociedade precisa?

É também para responder a essas perguntas que John Rawls, em seu livro "A Teoria da Justiça"[3], aborda o princípio da diferença, tentando criar outras alternativas à sociedade de mercado meritocrática, que não a igualdade pelo nivelamento, desconstituindo, assim, as desigualdades de aptidões e dotes, sem impor limitações aos mais talentosos, como é feito no caso.

Para Rawls, a solução pela busca de igualdade está não em inibir que os mais talentosos utilizem seus dotes e aptidões, mas sim em restringir que se utilizem destes para tirar proveito dos demais, enquanto deveriam, na verdade, fazer o contrário, deveriam se utilizarem destes meios para produzir benefícios a todos e principalmente aos mais

[3] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

necessitados.

Deste modo, segundo Rawls, não se pode impedir que uma pessoa com alto grau de conhecimento o utilize para produzir novas tecnologias, mas sim, deve-se exigir que essas tecnologias sejam acessíveis a todos e que, principalmente, possam servir de auxílio aos mais necessitados. Citando o autor:

> O princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza, não importa quem seja, só devem usufruir de sua boa sorte de maneira que melhorem a situação dos menos favorecidos.[4]

Por exemplo, ao mencionarmos o caso narrado, o jovem morto não deveria ter em seu corpo pesos que limitassem sua força, mas sim deveria ser incentivado a utilizar sua força para benefício de todos, como, por exemplo, auxiliando na construção civil e etc.

Em que pese em princípio Rawls apresente uma inovação quanto a concepção de promoção de igualdade, algumas críticas se fazem a sua teoria. Michael J. Sandel, em seu livro "Justiça: O que é fazer a coisa certa"[5], diz que a primeira delas se refere a questão dos incentivos, colocando a questão: Se os talentosos puderem beneficiar-se de suas aptidões apenas quando eles ajudarem os menos favorecidos, o que acontecerá se eles resolverem trabalhar menos ou não desenvolver suas habilidades? Quem garante que mesmo podendo fazer mais, não optariam por algo menos exigente?

A resposta de Rawls é que essas diferenças capazes de incentivar os mais talentosos a se qualificarem, como, por exemplo, salários mais altos, não seriam proibidas, desde que fossem vistas como meios necessários para melhorar a vida dos menos favorecidos.

Cabe ressaltar que, segundo Rawls, permitir diferenças salariais a título de incentivo é diferente de dizer que os bem-sucedidos têm mais direitos aos frutos do seu trabalho, como propõem os meritocratas.

A segunda crítica feita à Rawls diz respeito à questão do esforço, tendo em vista que o autor repudia a teoria meritocrática de justiça, fundamentando que os talentos naturais não são méritos de quem os possui. Questionam-lhe: E quanto ao trabalho árduo que muitas dessas pessoas tiveram que fazer para se qualificar e cultivar o seu talento? Para Rawls a

---

4 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 121.

5 SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 195-198

resposta é que até esse esforço, essa predisposição ao esforço, pode ser fruto de uma educação favorável. Para ele o esforço é influenciado por contingência cujo crédito não se pode reivindicar.

Rawls crítica os meritocratas, ao dizer que nem eles consideram o esforço por si só, fator determinante do mérito. Exemplifica dizendo que, imaginemos dois operários da construção civil, um é forte e musculoso e levanta, sem muito esforço, quatro paredes por dia. O outro que é fraco e franzino faz o seu máximo, mas mal consegue levantar uma. Segundo Rawls, nenhum partidário da meritocracia diria que o operário fraco, por ser mais esforçado, deva ganhar mais que o outro.

Dessa forma, mesmo compreendendo as limitações de ambas as teorias adotadas nesta argumentação – Celso de Mello e John Rawls - a conclusão que se chega quanto à questão da isonomia é que a igualdade conquistada no caso em tela, nada acrescenta para sociedade, seja em relação ao crescimento científico, social, educacional ou, ainda, em relação à tutela de direitos fundamentais.

2.2 Da Justiça

É notório que a maior parte das pessoas nunca entabulou um contrato social. De igual maneira, por exemplo, nunca se obrigou que os cidadãos anuíssem com a Constituição que rege o Estado sob o qual estes vivem. Por essas razões, são constantes os questionamentos sobre os principais motivos pelos quais os indivíduos devem obediência às leis.

Neste contexto, John Rawls formulou uma teoria da justiça, afirmando que só seria possível conhecer o significado desta em uma reunião que envolvesse toda a comunidade com o intuito de elaborar um contrato social, apto a reger a vida em sociedade. Durante a reunião, cada indivíduo deveria perguntar a si mesmo com quais princípios concordaria em uma situação inicial de equidade.

Contudo, para Michael J. Sandel, seria difícil entrar em consenso se não houvesse a referida situação inicial de equidade, isso porque indivíduos diferentes possuem princípios diversos, de modo que seria ingênuo acreditar que pessoas distintas optariam pelos mesmos princípios, uma vez que cada qual possui objetivos diferentes na sociedade da qual

fazem parte.

Com efeito, o citado autor [6] leciona:

> Provavelmente teríamos dificuldade para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não.

Assim, Rawls afirmava que era essencial a situação inicial de equidade, através da qual os indivíduos encontram-se cobertos por um "véu da ignorância", tendo em vista que não sabem quem são e a que categoria pertencem na sociedade.

Segundo o autor, tal contexto conduziria a comunidade a uma solução justa, visto que as pessoas maximizariam o bem-estar geral, pois, nessa situação, os indivíduos não arriscariam optar por uma sociedade com uma grande desigualdade social, como a sociedade feudal, por exemplo, porque da mesma forma que poderiam ser reis, as pessoas tinham a possibilidade de tornarem-se servos.

Analisando o caso de Harrison Bergeron, denota-se que a imposição de restrições aos indivíduos naturalmente mais capazes e, além disso, a aquiescência de determinada capacidade como padrão geraram consequências extremamente prejudiciais àquela sociedade, como o fim da liberdade, a redução da criatividade, a ausência do direito à diferença e a extinção gradual da própria diferença, o que acarretou a consolidação de uma comunidade sofrível.

Nesse ponto, cabe ressaltar a força moral do supracitado contrato hipotético de Rawls, o qual desconstrói a ideia de que a moralidade se inicia com o consentimento. Impõe-se o respeito a este, porém não é o único elemento que importa para a justiça e não gera, por si só, a obrigação moral. Esta surge da união entre autonomia e reciprocidade, o que não se vislumbra no caso em análise.

A autonomia consiste no fato de um acordo ser um ato voluntário e a reciprocidade corresponde à geração de benefícios mútuos. É possível haver um acordo espontâneo, mas injusto, porque em que pese seja um ato voluntário, não gera benefícios mútuos. Nesse caso, só o consentimento não basta. De outra banda, podem admitir-se acordos em que não há

---

6 SANDEL, Michael J. **Justiça:** O que é fazer a coisa certa. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 178

consentimento, mas ambas as partes saíram beneficiadas. Nesse feito, o consentimento é dispensável.

Assim, ainda que se considere que a sociedade do caso em apreço tenha sido instituída com a anuência da população, não existe benefício mútuo. Isso porque, de um lado, tem-se um governo autoritário, que delimita a capacidade dos governados, adotando determinada capacidade como padrão. O Estado tem controle sobre sua população, de modo que a ele é gerado benefícios e de outro lado, tem-se os membros da sociedade, que são privados de sua liberdade, de exercer sua criatividade e de usufruir de suas habilidades.

Resta evidenciado, portanto, que não há benefício mútuo na sociedade retratada e, portanto, esta não se enquadra no conceito de uma sociedade justa elaborado por John Rawls.

2.3 Da liberdade

Por fim, John Rawls, estabelece dois princípios da justiça. O primeiro e preponderante seria o princípio da liberdade igual e o segundo, o da equidade social e econômica. Aquele primeiro se refere, basicamente, a um direito igual das pessoas a liberdades básicas iguais, como liberdade de expressão, religião, associação ou política. Em suas palavras, Rawls esclarece: "Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos"[7].

Cumpre ressaltar que, para o autor, há uma clara distinção entre liberdade e valor da liberdade, pois àquela estaria vinculada a um sistema de liberdades, enquanto este seria a capacidade das pessoas de alcançarem seus objetivos. Assim, a liberdade seria a mesma para todos, o que não ocorreria com o valor da liberdade. Isso porque pessoas privilegiadas economicamente teriam uma maior capacidade de alcançarem seus objetivos. É, com esse raciocínio, que Rawls afirma ser necessário maximizar o valor da liberdade para os menos favorecidos, para que haja uma forma de compensação.

Apesar de "Uma Teoria da Justiça" ser a principal obra do escritor, este foi bastante

[7] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 376

criticado por fazer uma análise das liberdades muito imprecisa. Consequência de tais críticas, "As liberdades básicas e sua prioridade"[8] foi um artigo em que Rawls rebate críticas como a de Hart e reforça a prevalência do primeiro princípio sob o segundo.

Porém, a real reflexão que deve ser feita é sobre o papel do conceito da liberdade na discussão da justiça e da igualdade. É evidente a intrínseca relação entre os três conceitos no momento de pensar uma sociedade. O que é uma sociedade justa? Para ser justa tem que ser igual e livre? Quão igual e quão livre? Há uma forma de equilibrar igualdade e liberdade em suas formas mais puras? Como tais conceitos se limitam? Para haver justiça quanto é necessário de igualdade e liberdade? Como a liberdade limita a igualdade e como a igualdade limita a liberdade?

No caso narrado percebe-se uma clara supressão da liberdade dos indivíduos em nome de uma suposta igualdade total. Harrison Bergeron tem suas liberdades ignoradas e vê-se obrigado a utilizar vários instrumentos limitadores, mas afinal, isso é justo? O contrario também seria? Uma liberdade total relegando a igualdade a um papel secundário? Seria justo Harrison aproveitar seus talentos natos e não colaborar com a parcela da sociedade que não nasceu com tais dons?

Assim como existem teorias que vislumbram sociedades com ênfase na igualdade, outras valorizam a liberdade em detrimento daquela. O pensamento libertário é um exemplo. Michael J. Sandel, no terceiro capítulo de seu livro "Justiça: O que é fazer justiça?"[9], explica esta concepção, sobre tudo referindo a Nozick, e estabelece três diretrizes para libertarianismo: ausência de paternialismo, nenhuma legislação sobre a moral e nenhuma redistribuição de renda ou riqueza.

Porém, saindo de situações-limite, muitos autores tentam balancear liberdade e igualdade com o intuito de estabelecer justiça. Para Rawls, como já mencionado, é necessário garantir as liberdades para todos, porém, é importante que os mais privilegiados colaborem com a sociedade inteira para que se possa estabelecer a igualdade e para que se tenha justiça.

Deste modo, a sociedade de Harrison Bergeron negligencia totalmente as

[8] RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141-199
[9] SANDEL, Michael J. Justiça**: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4ª edição, 2011. Capítulo 3 (Somos donos de nós mesmos?/A ideologia libertária).

liberdades básicas e, portanto, não pode ser considerada justa por Rawls ou pela ampla maioria dos teóricos. Como a teoria do citado autor, é necessário saber balancear liberdade e igualdade para que se tenha uma sociedade justa.

Por fim, cabe ressaltar que não há aqui a intenção de glorificar a teoria de Rawls, ou adotá-la como a correta, somente usá-la para compreender o contexto do caso discutido e deslegitimá-lo com base nas teorias modernas de justiça.

3 Considerações finais

Assim, com base na teoria de John Rawls e na sua conceituação de justiça, claramente a sociedade distópica de Harrison Bergeron, escrita por Kurt Vonnegut, não alcança um ideal de justiça. Essa que está intimamente ligada aos princípios de liberdade e igualdade anteriormente tratados, e a forma com que se inter-relacionam.

Analisando a sociedade aqui abordada, tem-se que ela almeja a justiça através de uma igualdade plena, sendo considerada como forma de alcançar uma igualdade social a igualdade individual através de limitadores aos seus participantes ou, invertendo o ponto de vista, a limitação individual é uma consequência de uma igualdade social.

Entretanto, percebe-se que mesmo julgando descrever uma situação de igualdade plena, o próprio autor do conto, oferece elementos suficientes para se acreditar que esta não existe. Consequência essa retirada do fato de que mesmo dentro desse mundo, faz-se necessário um direito penal, que julgue o conteúdo das ações das pessoas. Logo, a igualdade até pode ser alcançada quando se trata do alcance das habilidades físicas e mentais, entretanto o seu conteúdo continua incontrolável e dependente de diversos fatores subjetivos, como da experiência de cada indivíduo.

Contudo, uma sociedade não pode se considerar justa ao cercear a liberdade de seus indivíduos. Para se alcançar a justiça deve-se entender a necessidade de estabelecer um equilíbrio entre os princípios básicos de igualdade e liberdade, de maneira a considerar sua relação. Segundo Rawls, o que deve se estabelecer é uma questão de prioridade entre eles, admitindo a necessidade de ambos, sem que se estabeleça a eliminação de um deles. A

questão de como os equilibrar é o ponto central da discussão.

Assim, partindo do pressuposto de que os indivíduos naturalmente são diferentes e possuem habilidades diferentes, os quais acontecem de forma arbitrária (independente a vontade de cada um), havendo uma acentuação de diferenças quanto ao ponto de partida de cada pessoa (cultura, riqueza, infraestrutura), cabe estabelecer como mantê-los livres de maneira que se aproximem da igualdade. No conto de Harrison Bergeron, a igualdade foi alcançada através da criação de um padrão através do indivíduo mais limitado e fazendo com que os demais "regridam" a esse ponto.

Entretanto, através da teoria de justiça como equidade, o ideal seria priorizar a liberdade de todos os indivíduos, de maneira que alcançassem o máximo desenvolvimento de suas habilidades. Mas isso não realçaria a desigualdade? Sobre esse aspecto deve haver uma atuação política, em que as instituições estatais permitiriam o acesso igual de todos aos cargos, que fizesse com que essa disparidade não se refletisse no mundo econômico, no mundo material.

Através disso, temos uma lembrança do terceiro princípio lema da revolução francesa, a fraternidade. Uma sociedade que tenha como objetivo principal a liberdade e que vise estabelecer a igualdade, parece possível apenas através de uma rede fraterna, solidária, em que os indivíduos se desenvolvam, mas tenham consciência de sua "função social", de modo a utilizar seus dons para o benefício geral.

Logo, através dessa breve análise, percebe-se que uma sociedade justa atuaria em sentido contrário à demonstrada por Kurt Vonnegut, pois não há que se escolher pela igualdade em detrimento da liberdade, mas sim que há que se valorizar as diferenças, de modo que estas sejam utilizadas para benefício de todos e que, assim, a sociedade garanta sua dinâmica evolutiva.

Referências bibliográficas

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

O AUDITÓRIO UNIVERSAL DE CHAÏM PERELMAN COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE

Eduardo Xavier Costa Andrade[*]

Palavras-chave: Auditório universal; A nova retórica; Chaïm Perelman; Teoria da Argumentação.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o conceito de auditório universal para Perelman, a partir de sua obra *A Nova Retórica*. Parte-se da hipótese de que a obra perelmaniana estabelece um critério de racionalidade para os julgamentos de valor ou, ao mínimo, uma técnica de julgamento da força de um argumento. Após se definir o auditório universal, traz-se as críticas de Robert Alexy e Manuel Atienza, dois expoentes na área da argumentação jurídica. Por fim, conclui-se com uma análise das contribuições da obra de Perelman assim como suas eventuais deficiências.

Keywords: Universal audience; The new rethoric; Chaïm Perelman; Theory of argumentation.

Abstract: This work intends to analyze the concept of universal audience created by Perelman. The hypothesis is that it establishes a criterion of rationality for moral judgments or, at least, a technique that serves to judge the soundness of an argument. After we define the universal audience, we expose the critical analysis of Robert Alexy and Manuel Atienza, two prominent writers in the field of legal argumentation. At last, we conclude with an analysis of both the contributions and deficiencies of Perelmans work.

[*]Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina da 9ª fase. E-mail para contato: eduardoxavierandrade@gmail.com.

1 Introdução

O descrédito do positivismo, cuja neutralidade permitiu os horrores da segunda guerra mundial, levou a criação, entre os filósofos do século XX, de diversas teorias que buscam um maior papel dos valores dentro dos sistemas jurídicos. Chaïm Perelman, nesse sentido, é um dos primeiros expoentes no campo da argumentação.

Sua visão filosófica é diretamente ligada às experiências por ele vividas: com a ocupação nazista da Bélgica, o autor, de origem judia, foi proibido de dar aulas. Com o fim da guerra, seguindo a linha filosófica das décadas seguintes, Perelman passa a crer na inadequação do racionalismo e positivismo lógico frente às exigências da segunda metade do século XX. Após longa pesquisa, Perelman expõe em sua obra, *A nova retórica*, uma lógica dos juízos de valor. Ele concebe uma nova teoria da argumentação ao resgatar a retórica antiga, atribuindo inédito significado a conceitos esquecidos.

O presente estudo busca clarear tal formulação, especialmente quanto ao chamado auditório universal, explicitando seu caráter simultaneamente contextual e universalista. Parte-se da hipótese que Perelman foi bem-sucedido em seus objetivos, sendo suas ideias capazes de firmar um conceito de racionalidade coerente. Para tanto, primeiramente se considerará os elementos que permeiam a obra de Perelman e que culminam na referida formulação conceitual, para então se chegar à análise do auditório universal como norte argumentativo.

Por fim, analisa-se às críticas tecidas por Robert Alexy e por Manuel Atienza, dois expoentes no campo da argumentação jurídica contemporânea. Ambos lançam dúvidas sobre a utilidade ou coerência das ideias de Perelman. Do autor alemão, utiliza-se principalmente sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, enquanto as críticas do espanhol terão como base As *Razões do Direito.* Após, expõe-se uma síntese crítica do conceito, trazendo tanto suas contribuições quanto falhas.

2 O alargamento da razão

Chaïm Perelman passou a maior parte de sua vida em Bruxelas, onde cursou Direito e Filosofia, tendo realizado seus estudos inicialmente no campo da lógica formal. Influenciado pelo método positivista de Gottlob Frege, Perelman teria idealizado uma teoria da justiça de caráter formal, a qual intencionava eliminar juízos de valor por estarem eles alheios ao campo de aplicação da lógica. Entretanto, insatisfeito com a conclusão de que os princípios básicos de qualquer sistema normativo são arbitrários, sendo necessário se raciocinar sobre tais critérios de justiça utilizando-se de valores, Perelman passou a formular uma teoria da argumentação racional tendo como base a retórica aristotélica (ATIENZA, 2014).

Sua produção científica passou explorou o tema da retórica e da argumentação, seja modelando uma teoria geral ou analisando o raciocínio prático contido em decisões judiciais concretas. *A nova retórica*, sua obra de maior impacto, teve sua primeira edição em 1958, e foi realizada em colaboração com Olbrecht-Tyteca.[1] No livro está contido o núcleo da teoria de Perelman, apresentando-se, entre outros pontos, os pressupostos da argumentação, uma sistematização das classes de argumentos e a relação entre a lógica e retórica. Esta última, inclusive, possui grande importância dentro do objetivo da teoria de Perelman.

Perelman (2005, p. 1), introduzindo sua obra, define-a como: "uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes". Para o autor, a filosofia cartesiana haveria feito da evidência a marca da razão. Dessa forma, uma ciência que se propõe racional não poderia se contentar com opiniões mais ou menos verossímeis, crendo o filósofo francês que quando dois homens formulam juízos opostos sobre o mesmo objeto, é porque um dos dois se engana.

Essa lógica formal, explica Atienza (2014), atua no campo da necessidade, em que um raciocínio lógico-dedutivo é coercivo posto que a passagem das premissas para a

[1] Para facilitar as referências, utilizar-se-á somente o nome de Perelman quando se fizer menção à obra realizada em colaboração. Não se pode, entretanto, ignorar a contribuição de Olbrecht-Tyteca: "Por outro lado, convém recordar que, embora com frequência se mencione apenas o nome de Perelman, o Tratado é também obra de Olbrecht-Tyteca, que talvez não tenha contribuído com ideias originais, mas com certeza dotou a obra de uma sistematicidade que está ausente no restante da produção Perelmaniana" (ATIENZA, 2014, p. 57).

conclusão é necessária: se as premissas são verdadeiras, então a conclusão também necessariamente será.

Insatisfeito com essa pretensa impossibilidade de se utilizar da lógica no campo das ciências humanas, o que, segundo o autor, resultaria em abandoná-las à violência e sugestão, Perelman busca introduzir a racionalidade no debate de questões relativas à moral e ao Direito. Ainda conforme Atienza (2015, p. 79), ao assim fazer, estaria o autor criando uma espécie de "via intermediária" entre a razão teórica das ciências lógico-experimentais e a pura irracionalidade.

Portanto, Perelman não propõe o abandono da lógica, mas sim um alargamento do conceito de racionalidade. Segundo Alexy (2013, p. 157): "[Perelman] tenta mostrar, numa teoria da argumentação, que, além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional".

É neste ambicioso projeto de ampliar o campo da razão e passar a uma análise da lógica possível em julgamentos de valor que reside a importância da obra de Perelman. Conforme Fábio Ulhoa Coelho, em prefácio à edição brasileira da Nova Retórica (2005, p. XV), esse resgate da noção de raciocínio dialético "é o que situa a contribuição de Perelman entre as mais significativas, da segunda metade do século XX, para a própria Filosofia".

Como base, a teoria de Perelman tem como a antiga retórica grega, em especial a obra de Aristóteles (ALEXY, 2013). O autor utiliza-se de conceitos esquecidos, como discurso, orador e auditório, mas lhes atribuindo dimensões mais amplas e transpondo o contexto da argumentação oral.

O discurso (ou argumentação) é o modo pelo qual o orador tenciona aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhe são apresentadas. Segundo Atienza (2014), tal discurso se difere da lógica formal porquanto a argumentação pode, ao máximo, apresentar a plausibilidade e o caráter razoável de uma assertiva, enquanto a outra estabeleceria verdades evidentes.[2]

[2] Relevante notar aqui que mesmo a possibilidade de se demonstrar verdades evidentes é questionada por uma gama de autores. Sob a ótica de Karl Popper, Toledo (2005, p. 51) escreve: "E, o mais importante, nem mesmo nas ciências da natureza há verdade inequívoca e incontestável, geradora de segurança a partir de uma única resposta, que garanta a verdade que dotaria de cientificidade o resultado. Também elas não são formadas segundo uma correspondência com a realidade, mas são resultado de um consenso fundado mediante o cumprimento de regras e critérios, que possibilitam a justificação e comprovação da premissa de

A argumentação de Perelman também se difere da lógica formal na medida em que é diretamente relacionada à ação.[3] Nesse sentido, Atienza (2014, p. 61) declara: "a argumentação é, na realidade, uma ação - ou um processo - com o qual se pretende obter um resultado".

Esse conjunto daqueles que o orador deseja influenciar com sua argumentação, ou os espíritos que o orador busca fazer aderir as suas teses, são os que compõem o denominado auditório. Ele seria imediatamente evocado no momento em que o orador pensa no discurso, ainda que de forma inconsciente. Também é uma construção do orador, uma vez que este o percebe e delimita seus contornos em sua mente, sendo indispensável para Perelman que o orador que deseje persuadir efetivamente não o construa de forma inadequada à experiência.

Para Perelman, ao se conceber o auditório também se conhece os meios suscetíveis de influenciá-lo. Sem o auditório, a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito, cabendo ao auditório, inclusive, determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores, posto que toda argumentação é relativa ao auditório que procura influenciar.

O auditório é logo identificado como um ponto de extrema relevância na Nova Retórica, sendo chamado por Alexy (2013, p. 159) de o "conceito básico da teoria de Perelman". Em vista disso, não surpreende quando Perelman (2005, p. 33) procura delimitar qual auditório possui natureza capaz de decidir o quão forte é uma argumentação:

> É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos. Como imaginaremos os auditórios aos quais é atribuído o papel normativo que permite decidir da natureza convincente de uma argumentação?

---

que se parte. É isso que lhe confere racionalidade, objetividade e, portanto, universalidade predicando-lhe o status de verdade e cercando-a de grande margem de segurança".

[3] Em igual sentido, Cardoso e Cunha (1998, p. 6), em análise da obra de Perelman, escreve: "Em todo o caso, há pelo menos um aspecto inegavelmente e necessariamente presente em qualquer tipo de argumentação qualquer que seja a sua relação à acção. O discurso argumentativo é sempre constituído por uma palavra performativa, no sentido em que essa palavra cumpre uma acção persuasiva que procura o efeito de 'mover a mente' do Outro, 'comovê-la' até criando uma certa 'disposição à acção'. O que também significa, uma vez mais, que, se a acção escolhe a palavra para se exercer, é porque renuncia à violência. Como escreve Perelman: '...toda argumentação pode ser encarada como um substituto da força material que, pelo constrangimento, se propõe obter efeitos da mesma natureza".

Quando reflete sobre a ideia da argumentação para um auditório particular - um delimitado por características locais, temporais ou pessoais - ao qual o orador conscientemente se dirige, o autor não vê uma possibilidade normativa, dado que tal argumentação seria sempre precária. Ela ofereceria o inconveniente de ter sido adaptada àquele auditório, podendo ser completamente frágil perante outros ouvintes ou até mesmo contraditória para diferentes integrantes do mesmo público.

Considerando que Perelman pretende delimitar quais seriam os argumentos mais fortes ou fracos, ele assinala que a utilização do auditório particular como critério de análise falha em servir de base para uma teoria geral da argumentação. O único auditório que teria tal capacidade normativa seria o auditório universal.

3 O auditório universal

Conforme Atienza (2014), o auditório universal perelmaniano seria composto por todos os seres racionais, ou simplesmente por todos. A argumentação a ele dirigida deve ser capaz de convencer de seu caráter coercivo, de sua evidência, ou, como explicita Perelman (2005, p. 35): "de sua validade intemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas". No limite, a argumentação que persuadiria um auditório universal manipularia apenas a prova lógica, distinguindo-se da argumentação voltada ao auditório particular uma vez que o orador procuraria alcançar teses a que todos possam assentir (ALEXY, 2013).

Inclusive, para Perelman, é assim que argumentam os filósofos. Mesmo que eles tenham consciência que seus escritos serão conhecidos por apenas uma pequena parte da humanidade (um auditório particular), argumentam voltados ao auditório universal, acreditando com sinceridade que: "todos que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões" (PERELMAN, 2005, p. 35).

Contudo, Perelman percebe que a realização desse auditório universal nos termos mencionados é uma abstração. Poderia-se, então, observar o conceito do auditório universal sob duas perspectivas: uma concreta e uma ideal. Na ideal, já descrita, ele seria composto por todos e só seria convencido por argumentos universalmente aceitos.

Por outro lado, em sua realização concreta, o auditório universal somente assim o seria para o orador. É uma universalidade que o orador imagina; "não é, portanto, uma questão de fato, mas uma questão de direito" (PERELMAN, 2005, p. 35). Esse auditório universal concreto, imaginado pelo orador, quando posto em comparação ao auditório universal ideal, não passaria de um auditório particular. Logo, o auditório universal em seu caráter ideal, por definição, jamais seria materializado.

Tal conclusão advém do fato de que, segundo Perelman, a história nos mostra que essa pretensão do orador à universalidade de seus argumentos é, na realidade, uma opinião pessoal disfarçada de coletiva e absoluta. Perelman (2005, p. 36-37) evoca Pareto, e observa: "o consentimento universal invocado o mais das vezes não passa da generalização ilegítima de uma intuição particular".

Nesse perspectiva, Perelman (2005, p. 37) continua:

> Em vez de se crer na existência de um auditório universal, análogo ao espírito divino que tem de dar seu consentimento à "verdade", poder-se-ia, com mais razão, caracterizar cada orador pela imagem que ele próprio afirma do auditório universal que busca conquistar para suas opiniões.

Ademais, defende o autor que todos os indivíduos ou grupos possuem suas próprias concepções de auditório universal, sendo possível os analisarmos com base nos argumentos que consideram universais e absolutos.

A referida duplicidade desse auditório universal demonstra seu valor para o estudo da argumentação na medida em que nossos argumentos, por mais que se pretendam universais, nunca realmente o são, visto nossa incapacidade de formular o auditório universal ideal.

Entretanto, tal auditório universal, por mais que impossível de ser efetivamente realizável, possui enorme valor normativo dentro da teoria de Perelman. Ao mesmo tempo que é um auditório irrealizável e indefinível, também serve como um auditório diretriz, capaz de servir como critério de análise da racionalidade de uma argumentação e guia para melhores práticas discursivas. Portanto, para o autor, a ideia do auditório universal é uma ficção útil.

Nessa vertente, Alexy (2013, p. 162) aponta o valor do auditório universal dentro da teoria proposta na Nova Retórica:

> O valor de um argumento, segundo Perelman, determina-se de acordo com o valor do auditório a quem persuade. No centro da teoria perelmaniana, enquanto teoria normativa da argumentação, encontra-se por isso a caracterização de um auditório, a que só pode se persuadir mediante argumentos racionais. Para Perelman, este é o auditório universal. A adesão do auditório universal é o critério para a racionalidade e objetividade da argumentação.

Por fim, mostra-se útil trazer aqui definição realizada por Atienza (2014, p. 61) em sua análise da obra de Perelman, na qual o autor explicita com precisão os contornos da formulação:

> 1) é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva; 2) dirigir-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica; 3) o conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal "não é uma questão de fato, e sim de direito"; 4) o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão, mas por outro lado é uma construção do orador, quer dizer, não é uma entidade objetiva; 5) isso significa não apenas que os oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador muda.

4 Apanhado crítico

A teoria disposta na Nova Retórica encontrou ampla receptividade em diversas áreas, transpondo em muito o campo da teoria jurídica, seja quanto a parte analítica (que tem por objeto as estruturas dos argumentos) quanto a parte normativa (que pretende determinar o valor desses argumentos). Entretanto, é necessário apontar que muita dessa recepção foi crítica, sendo a obra de Perelman analisada de forma variada.[4]

Portanto, é mais do que justificada uma breve análise de algumas das críticas feitas à Perelman, especialmente as que se relacionam à utilidade e clareza do conceito de auditório universal. Para tanto, utilizaremos principalmente dois autores reputados na seara da argumentação jurídica: Manuel Atienza e Robert Alexy.

[4] Nesse sentido, Atienza (2014, p. 80) escreve: "Todos esses elementos contribuíram, sem dúvida, para que a obra de Perelman tenha tido uma amplíssima difusão e em âmbitos muito diferentes, que vão desde a teoria do Direito à teoria da comunicação, passando pela ciência política, pela filosofia moral etc. O que não está tão claro, entretanto, é que sua nova retórica tenha conseguido realmente cumprir as funções – descritivas e prescritivas – que Perelman lhe atribui; de fato, a recepção de sua obra foi, com certa frequência, uma recepção crítica".

4.1 A crítica de Manuel Atienza

Utiliza-se aqui como base a obra As razões do direito (ATIENZA, 2014), no qual o autor espanhol analisa diversas teorias da argumentação. Para Atienza, uma teoria da argumentação jurídica deve ser avaliada quanto ao seu objeto, método e função. Partindo desse pressuposto, ele realiza três grandes críticas à Perelman: uma conceitual, uma ideológica e uma relativa à concepção do Direito adotada pelo belga. Para os fins deste artigo, examinaremos tão somente as duas primeiras e na medida em que elas se relacionam ao auditório universal.

Para o autor, do ponto de vista teórico, a maior falha de Perelman teria sido sua falta de clareza na apresentação dos conceitos centrais de sua teoria da argumentação. Tal crítica, inclusive, não é exclusividade de Atienza, tendo sido reiteradamente elaborada por outros autores.[5] O escritor espanhol atesta que, mesmo que noções confusas possam desempenhar um papel na argumentação, tal obscuridade conceitual possui um limite, não cabendo noções confusas na explicação de uma teoria.

Entre esses conceitos obscuros está a classificação dos argumentos, os critérios que definem a força de uma argumentação e, mais relevante ao proposto por este artigo, o conceito do auditório universal. Atienza acredita que, por mais que se possa considerar que em Perelman exista efetivamente um modo de distinguir os bons dos maus argumentos, porquanto um argumento forte seria aquele que se valeria diante do auditório universal, não há solidez em tal conceito. Para justificar, aponta as críticas de Aulis Aarnio e Letizia Gianformaggio, sendo que esta última teria formulado duas interpretações da argumentação voltada ao auditório universal.

Na primeira visão, argumentaria-se diante do auditório universal quem argumenta com seriedade e boa-fé, estando convencido das conclusões que sustenta e dos procedimentos utilizados. Entretanto, assim interpretada, a noção do auditório universal não justificaria tanto interesse. Já na segunda interpretação, argumentaria-se diante do

[5] Em artigo que analisa diversas das críticas realizadas ao auditório universal de Perelman, Alves (2009, p. 65) assinala: "A dificuldade de compreender o que, exatamente, é esse auditório universal, levou muitos comentadores a considerar esse conceito impreciso, ambíguo e até sem sentido. Dentre aqueles que não encontraram nessa idéia uma concatenação conceitual satisfatória, serão analisados a seguir: Manuel Atienza, Antonio Pieretti, Aulis Aarnio, Eemeren & Grootendorst, e Tindale & Groarke".

auditório universal quem não só está convencido da correção e honestidade do procedimento que utiliza, como também acredita na evidência das premissas em que se baseia.[6]

Entretanto, essa visão acaba por ser consistente tão somente caso se aceite as noções de premissas defendidas por Perelman. Caso um orador assuma que parte de juízos de valor, e não de evidências, será impossível para ele argumentar dirigindo-se ao auditório universal, devido a tais valores só servirem a auditórios particulares.[7]

Atienza (2014, p. 86) conclui que por essas e outras possíveis interpretações conflitantes sobre a concepção, o auditório universal perelmaniano não seria "um conceito cuidadosamente elaborado, apenas uma intuição feliz".

Além da crítica conceitual, o autor espanhol realiza ainda uma crítica ideológica. Ele parte do fato de que, para Perelman, as noções que orientam os critérios da boa argumentação remetem, em última instância, aos de regra de justiça e auditório universal.

A teoria de Perelman assume, dessa forma, um pluralismo: ele admite a existência de valores incompatíveis, que geram a necessidade de compromissos razoáveis resultando em um diálogo permanente. Os juristas seriam encarregados de tomarem decisões razoáveis: não soluções perfeitas, únicas e definitivas, mas soluções aceitáveis e aperfeiçoáveis. Essa razoabilidade de uma decisão seria definida em função do auditório.

No campo das decisões jurídicas, não necessariamente em função do auditório universal, mas sim do auditório composto pelos especialistas em Direito e pelo público

[6] Aqui é necessário lembrar que Perelman (2005, p. 73-83) divide as premissas de uma argumentação (objetos sobre os quais há acordo e servem de ponto de partida dos argumentos) entre as reais e as preferíveis. As reais se dividem em fatos, verdades e presunções. As preferíveis em valores, hierarquias e lugares (ou topos). De forma extremamente sucinta, pode-se dizer que as preferíveis não têm lugar na argumentação dirigida ao auditório universal. Já as reais, tanto os fatos (suposições convencionais limitadas e precisas) quanto as verdades (uniões de fatos que formam um conjunto complexo) já suscitam tal adesão do auditório universal que seria inútil reforçá-la. Restaria, então, defender as presunções, as quais apesar de contarem com o acordo do auditório universal, não possuem adesão máxima. Em mesmo sentido, ler Alexy (2013 p. 165-166) e Atienza (2014, p. 62-63).

[7] Importante salientar que, ao reproduzir a crítica, Atienza lembra que é possível interpretar uma mudança posterior dessa visão de Perelman. Sobre o tópico, Alexy (2013, p. 166) escreve: "Na 'Nova Retórica', Perelman ainda sustenta que só as premissas que se referem ao real têm a pretensão de validade frente ao auditório universal, enquanto os valores, as hierarquias e os topos só podem encontrar o acordo de auditórios particulares. [...] Em trabalhos posteriores, porém, considera que as questões práticas, isto é, as que se referem ao preferível, também se podem discutir diante do auditório universal".

esclarecido.[8] O que Atienza duvida é que seja sempre possível tomar uma decisão equilibrada, capaz de abranger e convencer tal auditório, considerando-se que há questões onde o consenso parece impossível.

Não obstante, para Atienza, a resposta de Perelman vem com a utilização de princípios como o da inércia[9] e da imparcialidade, aliados ao respeito às regras da justiça. Mas para o autor espanhol tais princípios teriam um caráter conservador, pois defendem a manutenção da ordem estabelecida. Um orador que insurge contra tal ordem desrespeitaria as regras impostas e não estaria argumentando racionalmente, mas se deixando levar pelos seus interesses e paixões.

A crítica a um conservadorismo de Perelman, inclusive, não é exclusiva de Atienza.[10] Monteiro (2003, p. 198), em sentido oposto, não observa o mesmo caráter conservador:

> Pelo Princípio da Inércia, a Nova Retórica poderia ser entendida como portadora de certo espírito conservador no Direito que assim poderia seguir na garantia da estabilidade da Sociedade. Todavia, Perelman não prevê a garantia de qualquer sistema, mas somente daquele que cumprir os requisitos democráticos mais amplos, da democracia como espaço de solução razoável dos conflitos e das contradições, de respeito às liberdades individuais. Trata-se de um caráter genuinamente humanista.

Por fim, pode-se dizer que, para Atienza, quando a obra de Perelman não apresenta critérios obscuros ou inadequados, apresenta critérios conservadores. Por essas e outras críticas, o autor não acredita que Perelman tenha conseguido, com sua obra, firmar bases sólidas para uma teoria geral da argumentação.

---

[8] "O juiz [...] deverá julgar sem se inspirar em sua visão subjetiva, e sim tentando refletir tanto a visão comum dos membros esclarecidos da sociedade em que vive quanto as opções e tradições dominantes em seu meio profissional. Com efeito, o juiz [...] deve se esforçar por emitir julgamentos que sejam aceitos tantos pelos tribunais superiores, pela opinião pública esclarecida, quanto – quando se trata de decisões da Corte de Cassação – pelo legislador, que não deixará de reagir se as decisões da Corte Suprema lhe parecerem inaceitáveis" (PERELMAN, 1979, p. 12, apud ATIENZA, 2014, p. 88).

[9] Toledo (2005, p. 53) explica o princípio da inércia nos seguintes termos: "se o argumento já for aceito pelos demais ele não precisa ser justificado".

[10] Nesse sentido, Guimarães (2014, p. 55) sintetiza crítica semelhante realizada pelo italiano Michele Taruffo: "O jurista italiano também critica a formulação da ideia de auditório universal, entendendo-a como o ponto mais fraco da teoria de Perelman. O crítico, assim como outros, além de não vê nitidez nessa concepção, sendo ela, portanto, inadequada como 'tribunal maior' para balizar a racionalidade de determinado argumento, e a concebe como uma emanação ideológica conservadora, pois não somente a construção de um auditório universal pelo orador iria reproduzir os preconceitos e os lugares-comuns dominantes na sociedade, o que garantiria o consentimento à fala do orador, como, de qualquer forma, 'teniendo en cuenta lós instrumento de manipulación del consenso existentes en la sociedad actual, se trata de un modo para convertir la irracionalidad difundida en un criterio de racionalidad".

4.2 As críticas de Robert Alexy

Baseia-se aqui na análise realiza por Alexy em sua obra Teoria da argumentação jurídica (2013). A primeira crítica, por sua vez, surge pelo fato do auditório universal não ser tão somente ideal, mas também uma construção subjetiva, dependente das características contingentes individuais e sociais. Isso porque se para Perelman o orador deve-se dirigir ao auditório universal como o imagina, ele só terá valor normativo para quem compartilhar da visão deste orador. Já quem não partilha da mesma crença e não observa no auditório construído por este orador um auditório universal, verá tão somente um auditório particular sem qualquer força normativa. Portanto, para Alexy (2013, p. 162): "Um auditório só é universal para quem o reconhece como tal. [...] é uma norma somente para quem o aceita como norma".

Sob outra perspectiva de análise do valor normativo do conceito, o autor faz relação com o imperativo categórico de Kant, uma vez que, para Perelman, o orador deve se comportar como se fosse um juiz cuja razão de decidir proporcione um princípio válido para toda a humanidade.

Alexy aprofunda defendendo que, para Perelman, não se trata efetivamente de toda a humanidade (ou de simplesmente todos os homens), mas sim de todos os homens *racionais*. Tal grupo seria composto por aqueles que entram no jogo da argumentação, já que são competentes a respeito dos assuntos que estão sendo debatidos. Nesse contexto, ele vê fortes semelhanças entre a teoria de Perelman e a de Habermas, em especial no que diz respeito ao auditório universal do primeiro e a situação ideal de fala descrita pelo segundo.[11]

Ao continuar sua análise, a crítica recorrente ao caráter ambíguo do auditório universal, que levanta dúvidas de como o caráter universal e contingente do conceito

[11] "O auditório universal pode, por isso, determinar-se como a totalidade dos homens no estado em que se encontrariam se tivessem desenvolvido suas capacidades argumentativas. Tal estado corresponde à situação ideal de fala habermasiana. O que em Perelman é o acordo do auditório universal, é em Habermas o consenso alcançado sob condições ideais" (ALEXY, 2013, p. 164). E, em outro trecho: "Quem quer convencer a todos deve ser imparcial. Isto pressupõe que ele apresenta também os respectivos contra-argumentos. A regra que rege é audiatur et altera pars. A este princípio de imparcialidade do orador corresponde a exigência, relativa às discussões, de que todo falante tenha direito a introduzir qualquer argumento. Por isso, neste ponto, existe também um estreito parentesco entre a teoria de Perelman e a de Habermas." (ALEXY, 2013, p. 169-170).

podem se relacionar,[12] não parece inicialmente causar grandes obstáculos à Alexy. Sobre o auditório universal como construção do orador e como composição de todos os homens racionais, o autor alemão expressa (2013, p. 163):

> [...] em Perelman a expressão "auditório universal" contém, pelo menos, dois componentes de significado: (1) o auditório que o indivíduo ou uma sociedade formam como característico, e (2) o conjunto de todos os homens como seres que argumentam. Ambas as determinações parecem compatíveis.

A compatibilidade vem do fato de que ao mesmo tempo que o auditório universal é composto por aqueles que entram no jogo da argumentação, tal composição é uma construção dependente das concepções do orador: "Quem se dirige ao auditório universal dirige-se ao conjunto de todos os homens como seres que argumentam, sendo a ideia desses homens moldada por suas concepções anteriores" (ALEXY, 2013, p. 164).

Para o autor, tal situação é especialmente observável quando o orador se dirige a um auditório em forma de monólogo, com Alexy apontando que muitas das expressões utilizadas por Perelman sugerem, inclusive, que a argumentação diante do auditório universal é realizada desta forma. Contudo, o autor logo descarta a ideia ao apontar que ela é expressamente refutada quando Perelman afirma que o discurso retórico não é exclusivamente unilateral.

Sendo assim, Alexy aponta que, ao contrário do monólogo, a argumentação ocorre também em perspectiva dialética, no qual há um intercâmbio de argumentos. Nesse caso, a primeira noção (quem se dirige ao auditório universal dirige-se a todos os homens racionais) perde força na medida em que as concepções anteriores do orador são questionadas e alteradas, e o segundo componente evidencia-se como decisivo (quem se dirige ao auditório universal dirige-se as suas próprias concepções da humanidade).

Portanto, indaga-se como, nessa situação, poderia um orador argumentar objetivando proporcionar princípios válidos universalmente uma vez que a cada troca de argumentos sua visão do universal é colocada em debate. À vista disso, Alexy conclui que o

[12] Nesse sentido, serve à título de exemplo a crítica de Castro (1999, p. 194): "Preocupados em mostrar que o auditório universal é uma construção que pode ser legitimamente utilizada na argumentação, Perelman deixou cair na obscuridade o ponto que nos parece mais importante sobre esse tema. O parágrafo 7 do Tratado mostra uma ambigüidade sobre a definição do auditório universal, se ele é concreto ou abstrato. A dimensão do problema é duplicada quando Perelman diferencia entre a concepção do auditório universal própria a um auditório concreto e a concepção de um auditório universal não definido, que é invocada para julgar a anterior".

conceito de auditório é demasiadamente amplo para servir como método seguro de valorar uma argumentação.

5 Considerações finais

Não se pretendeu aqui exaurir o tema, até porque seria impossível, nem mesmo realizar uma análise tão profunda da teoria perelmaniana quanto às realizadas pelos autores citados, o que seria uma pretensão desmedidamente ambiciosa. Aspirou-se, tão somente, tecer curtos comentários que giram em torno de dois tópicos: a relação do auditório universal com o objetivo da teoria de Perelman e as críticas que se sucederam.

Quanto ao primeiro ponto, se não é possível se afirmar com segurança que o autor formulou uma teoria da argumentação inabalável, é com convicção que se pode reconhecer que ele logrou êxito em ampliar o campo da argumentação racional e fazer ressurgir o estudo da retórica.

Considerando que Perelman é partidário de uma filosofia do pluralismo[13], que aceita uma multiplicidade de respostas possíveis, sua escolha pelo auditório como critério de força para uma argumentação aparenta condizente. Quando coloca o auditório como ponto central, Perelman induz o orador a conhecer seu público e o incentiva a contextualizar sua argumentação na busca de conclusões mais aceitáveis. A relação orador-auditório se afigura como uma constante busca pela razoabilidade e consenso.

Já a caracterização do auditório ideal como uma ficção possui a interessante conclusão de que nenhuma argumentação é absoluta, por mais que se pretenda ser. Dessa forma, Perelman preza pelo razoável, pela argumentação passível de constante aperfeiçoamento através do diálogo. E, como bem explicita Alexy em sua obra, é dessa provisionalidade de todo resultado que surge uma abertura à crítica e a obrigação de tolerância.

[13] "A filosofia de Perelman é, claramente, uma filosofia do pluralismo. E essa noção confusa parece significar o seguinte: o pluralismo parte de que a vida social consiste tanto em esforços de colaboração quanto em conflitos entre indivíduos e grupos. Esses conflitos são inevitáveis e recorrentes, e, portanto, a única coisa que se pode fazer é canalizá-los por meio de instituições que tenham o maior respeito possível pelos indivíduos e pelos grupos, evitando, assim, o uso da violência" (ATIENZA, 2014, p. 86).

Portanto, Perelman é bem-sucedido em propagar a possibilidade de um caminho entre as verdades evidentes e a arbitrariedade violenta. Posto isto, deve-se passar ao segundo tópico, no que tange às críticas formuladas, e o quanto o caminho proposto por Perelman é capaz de cumprir os objetivos propostos.

Inicialmente, é necessário notar que a obscuridade dos conceitos é palpável, com os críticos mais divergindo na interpretação dos conceitos utilizados como base da teoria geral do que em relação às conclusões e aplicabilidade desta. Se mesmo delimitar os conceitos para a compreensão dos alcances da teoria é tarefa árdua, que dirá sua utilização na prática.

Por outro lado, é possível se indagar se a inexatidão conceitual de Perelman não auxilia a difusão de suas ideias: os conceitos de auditório, seja o particular ou universal, podem ser utilizados de tantas diversas maneiras, em tão diferentes contextos, que sua utilização claramente errônea ou completamente acertada aparenta de difícil realização.

Quanto ao auditório, em si, é justificável perquirir se ele não possui valor excessivo na teoria de Perelman quando a analisamos em um contexto social. Isso porque caso se decida a força de uma argumentação ao passo que ela é aceita pelo auditório almejado, e não por critérios externos aos envolvidos, pergunta-se: seria a argumentação mais aceita sempre a mais forte?

E, no tocante ao auditório universal, mesmo que seja viável compreender a articulação entre seu caráter dúplice, restam dúvidas de como a parcela subjetiva da formulação não levaria a uma subjetividade e relativismo na decisão do que é um argumento forte.

Ainda, é capaz de se criticar que a argumentação voltada ao auditório universal seria limitada ao orador que não se utiliza de juízos de valor, o que poderia atestar a inutilidade do conceito em termos práticos. Caso o orador assim proceda ao se dirigir ao auditório universal, precisaria utilizar linguagem vaga para ser reconhecido universalmente.

Somada todas as críticas, pode-se dizer que, enquanto critério valorativo ou norma geral, o auditório universal não proporciona soluções suficientes e finais para o problema da análise racional dos juízos de valor contidos em uma argumentação.

Por outro lado, tanto o conceito de auditório particular quanto o de auditório universal podem ser úteis caso um orador assim deseje e utilize-os como diretriz interna na

busca de uma argumentação mais razoável e consensual. Seria uma ficção útil para os oradores que a seguirem na medida do possível.

Por fim, além da mencionada utilidade do conceito em promover a razoabilidade das argumentações e privilegiar o consenso, o auditório universal, se não consistente como centro de uma teoria geral, mostra inegável valor dentro das discussões relativas à racionalidade da argumentação.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALVES, Marco Antônio Souza. Balanço crítico da noção de auditório universal de Chaïm Perelman. **Revista Páginas de Filosofia**, v.1, n.2, p. 61-78, jul/dez 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/1120/1566> Acesso em: 03 junho 2016.

CARDOSO E CUNHA, Tito. **A nova Retórica de Chaïm Perelman.** Universidade Nova de Lisboa, 1998. Artigo disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/cunha-tito-Nova-Retorica-Perelman.pdf> Acesso em: 03 junho 2016.

CASTRO, Fabio Caprio Leite de. Arte retórica e hermenêutica jurídica. **Revista da AJURIS**, v. 118, p. 177-208, 2010. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/a480/a508/aa13?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em: 03 junho 2016.

GUIMARÃES, Daniel Salomon. **Argumentação jurídica e a nova retórica de Chaïm Perelman.** Monografia. Graduação em Direito, 2014. Universidade Federal de Santa Catarina.

MONTEIRO, Cláudia Servilha**. Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Lumen Juris, 2003, 2ª edição.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Coleção Justiça e Direito).

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.2, págs. 47-65, 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf> Acesso em: 03 junho 2016.

O DIREITO À CONTINUIDADE AO PROCESSO TRANSEXUALIZADOR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS FRENTE À DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

Edinelson Junior Pereira[*]
Débora Augusto Franco[1]

Resumo: A transexualidade é considerada uma patologia pelo Código Internacional de Doenças – CID 10, manual médico adotado pelo Estado brasileiro. Com base na ideia de patologização, descortina-se a possibilidade de realização o processo transgenitalizador, cirurgia de mudança de sexo, de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde - SUS. O presente artigo abordará os efeitos da retirada do transtorno de identidade de gênero do rol de doenças mentais, os reflexos no SUS, o direito a continuidade ao tratamento oferecido pelo Ministério da Saúde e a desconstrução do transgênero como distúrbio. Atualmente, inúmeros movimentos em prol da despatologização crescem em todo o mundo. Frente a essa nova demanda, destaca-se a tramitação na Câmara de Deputados Federais, o Projeto de Lei nº 5002/2013 que visa garantir o direito à identidade de gênero, a partir do seu reconhecimento civil. Intenciona-se, com isso, garantir o direito de que as pessoas transexuais não sejam colocadas à margem da sociedade.

Palavras-chave*:* Transexualidade. Despatologização. Sistema Único de Saúde. Cirurgia de Transgenitalização.

Abstract: Transsexualism is considered a disease by the International Classification of Diseases - ICD 10 code has been adopted by the Brazilian State. It is based on pathologizing of transsexuality that Trans people can realize the transgenitalizador process (sex reassignment surgery), free of charge through the National Health System - SUS. This article will address the effects of the withdrawal of transsexuality pathology roster, the depathologization reflections in SUS, the right continuity of the reassignment process provided by the State to transgender people and the consequence of thinking about sexuality as pathology. Currently, numerous movements for

[*] PEREIRA JUNIOR, Edinelson. Acadêmico, concluinte do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário Geraldo Di Biasi, campus Volta Redonda (RJ).
[1] FRANCO, Débora Augusto. Doutoranda em psicologia Clínica pela PUC-Rio. Mestre em Psicologia pela UFF. Especialista em Psicologia Jurídica pela UERJ. Docente no curso de Direito do Centro Universitário Geraldo Di Biasi, campus Volta Redonda (RJ) e do curso de Psicologia da Faculdade Sul Fluminense.

depathologization grow worldwide. In view of this new demand Stands out The proceedings in the Chamber of Federal Deputies, project law nº 5002/2003, which seeks to guarantee the right to gender identity on civil recognition, therefore, ensure that transsexual are not placed on the margins of society.

Keywords*:* Transexuality. Depathologization. Health Unic System. Reassignment Surgery.

1 introdução

Segundo uma concepção moderna, as pessoas transexuais são indivíduos portadores do transtorno de identidade sexual. Muitos acreditam que os transexuais são apenas pessoas que nasceram no corpo errado, um homem aprisionado no corpo de uma mulher ou vice-versa. Outros acreditam que para ser considerado transexual é preciso ter realizado a cirurgia de mudança de sexo. Para a socióloga Berenice Bento (2011), a questão de gênero não possui relação com a estrutura biológica do corpo, mas sim com o reconhecimento social.

Para muitas pessoas o conceito de transgênero é algo complexo, o que gera dificuldades de compreensão quanto à relação estabelecida com o conceito de identidade. É comum que haja conflito em torno do conceito de identidade de gênero e orientação sexual. Para que se possa compreender o processo de transgenitalização e os seus efeitos, primeiro deve-se elucidar o que é a transexualidade e transtorno de identidade sexual.

Transexualidade concerne à condição do indivíduo cuja identidade de gênero é diferente daquela designada ao nascimento, ou seja, o homem transexual é o indivíduo que nasce com a genitália feminina, mas se reconhece como sendo do sexo masculino. Ao contrário do que ocorre com a mulher transexual, que é o indivíduo que nasceu com a genitália masculina, no entanto, se identifica como sendo do sexo feminino. Isso reforça a ideia de que muitos transexuais têm um desconforto com os próprios órgãos genitais.

Classificado como patologia até a décima edição do Código Internacional de Doenças (CID – 10), que foi formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o Transtorno de identidade de gênero é identificado pela nosografia psiquiátrica e inclui-se entre os Transtornos de identidade sexual (F 64), sendo identificada pelo subscrição F64.0 ou Transexualismo, que caracteriza-se pelo desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do

gênero oposto, ou seja, um desconforto com o gênero de nascimento e com o papel social que ele representa. A décima primeira edição do Código Internacional de Doenças (CID – 11) ainda não foi publicada no Brasil, no entanto, está prevista a sua publicação para o ano de 2017. Desta forma, o CID-10 encontra-se em vigor para os casos de construção diagnóstica do Transtorno de Identidade Sexual.

Com o avanço da tecnologia, tornou-se possível a realização da cirurgia de transgenitalização, popularmente conhecida como "cirurgia de mudança de sexo". A primeira cirurgia desse tipo que se tem registro foi realizada em 1931, em Berlim, no Instituto Hirschfeld de Ciência Sexual, na qual uma mulher transexual passou por todo o procedimento de neocolpovulvoplastia[2].

O conceito de sexualidade vai muito além dos estereótipos formulados através de um padrão de comportamento. Em relação ao tema, Michel Foucault (2011), afirma que a ideia de "sexualidade" cobre um campo muito mais amplo, uma vez que visa também uma realidade de outro tipo; e possui, na construção moral ocidental, funções inteiramente diversas. Para o autor, a preocupação moral com a sexualidade é algo característico do cristianismo e esteve presente no discurso religioso como estratégia de controle de conduta no período medieval, que compreendia a experiência sexual como algo que poderia ser permitido ou proibido, inscrevendo-se em uma lógica pastoral que delimitava a ordem das coisas. Por outro lado, com o período moderno, a sexualidade adquiriu ares de doença, passando a administração da tutela sobre o corpo ao poderio médico e não mais religioso. Modelo que difere do modo como a sexualidade era tratada na Grécia Antiga, quando não estava atrelada a nenhuma forma de orientação moral de conduta ou algo capaz de provocar o adoecimento psíquico, mas circunscrevia-se sob a lógica do cuidado de si, ou seja, a lógica de uma ética para consigo, constituída numa relação com o outro.

Observa-se que uma certa exigência contemporânea do conhecimento de si passou a ser atribuída não mais a uma construção coletiva pautada na experiência de prazer, mas por uma relação consigo, estabelecida por critérios tecnológicos e técnicas de exame, cada vez mais explorados por especialistas da sexualidade. (FOUCAULT, 2011).

[2] Nome dado à cirurgia de transgenitalização realizada em mulheres transexuais, conforme Considerações da Resolução do Conselho Federal de Medicina número 1.955/2010.

A transexualidade ao ser considerada como uma doença caracterizada pelo Código Internacional de Doenças, permitiu, no Brasil, o direito ao acompanhamento pelo Sistema Único de Saúde e, com isso, a realização de procedimentos como a hormonioterapia e a cirurgia de transgenitalização. Porém, em anúncio oficial, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que deixará de considerar transgeneridade como um distúrbio e informou que este diagnóstico será excluído da décima primeira edição do Código Internacional de Doenças, impossibilitando, assim, a compreensão da transexualidade como distúrbio sexual.

Ao mesmo tempo em que a patologização da transexualidade é algo limitante, uma vez que permite a compreensão da sexualidade a partir da ótica médica, a construção dessa patologia permitiu o acesso ao direito social de ser reconhecido pelo gênero ao qual o sujeito sente-se confortável, possibilitando, por meio da rede pública de saúde, a realização das transformações corporais e a cirurgia de transgenitalização. Logo, este artigo pretende colocar em discussão alguns questionamentos importantes, tais como: de que maneira se deu o processo de patologização da transexualidade? Com a retirada da transexualidade do rol de patologia do Código Internacional de Doenças, como será assegurado o direito a todo processo transexualizador por meio do SUS? Qual a necessidade de normatização dessa nova demanda que vem crescendo em nossa sociedade?

Isto posto, o presente estudo almeja trazer uma reflexão sobre o direito de continuidade ao processo de transgenitalização por meio do Sistema Único de Saúde, com a retirada da transexualidade do rol de patologia do Código Internacional de Doenças. Para isso, propõe-se uma análise dos atos administrativos como recurso estatal de regulamentação do processo transexualizador na rede pública de saúde, com o objetivo de avaliar o modo como se faz operar o modelo heteronormativo no campo social. A presente análise toma como base os estudos de Foucault para a compreensão do modo como é construída a patologização em torno da transexualidade e suas respectivas formas de normalização. Intencionamos, com isso, trazer à baila uma perspectiva ontológica do presente.

2 A patologização da transexualidade como forma de assegurar o tratamento pelo Sistema Único de Saúde - SUS

O processo de compreensão da transexualidade como patologia surgiu a partir de estudos comparativos com a homossexualidade. O responsável pelos primeiros estudos na década de 50 foi o endocrinologista Harry Benjamin. Em sua obra intitulada *"Fenômeno Transexual",* Harry tece considerações com o objetivo de identificar o indivíduo transexual. Nelas, indica como principal procedimento médico, para os casos diagnosticados como transexualismo, a cirurgia de redesignação de sexo, reforçando, assim, tal alternativa como a única forma de tratamento para o transexualismo. E, consequentemente, reforçando um lugar simbólico para a transexualidade, o lugar da doença.

A partir da década de 60, o psicólogo John Money instaurou, no âmbito médico, a discussão em torno do papel sexual e dos comportamentos sexuais para além da dimensão biológica do sexo. Com o passar dos anos, e com base nos primeiros estudos e trabalhos da medicina, se intensificou a patologização da transexualidade. Na década de 80, a transexualidade foi incluída no rol de patologias psiquiátricas da décima edição do Código Internacional de Doenças, que teve sua edição realizada no ano de 1992, definindo o que eram os Transtornos da Identidade Sexual ou de Identidade de Gênero.

Atualmente, no Brasil, a cirurgia de transgenitalização é realizada pelo Sistema Único de Saúde com fundamento no CID – 10, que classifica a transexualidade ou o Transtorno de Identidade de Sexual como uma patologia psiquiátrica. Em setembro de 2010, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1.955/10, que dispões sobre a cirurgia de transgenitalismo, com base no transexualismo, por considerar o paciente transexual um portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, autoriza os médicos a realizarem os procedimentos cirúrgicos de mudança de sexo. Contudo, a Resolução 1.955/10 estipulou critérios clínicos que identificassem se a pessoa é portadora ou não do transtorno de identidade de gênero.

Vejamos o que diz o artigo 3º da Resolução Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1.955/2010:

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
> 4) Ausência de outros transtornos mentais (Onde se lê "Ausência de outros transtornos mentais", leia-se "Ausência de transtornos mentais").

Destaca-se que, a realização do processo de avaliação social e médico-psicológico é longo, podendo chegar a 3 (três) anos. Ao final deste processo, a pessoa trans obtém um laudo médico destacando a autorização para a realização da cirurgia de mudança de sexo. Este processo de avaliação engloba uma série procedimentos e profissionais da área da saúde com o intuito de oferecer assistência aos sujeitos que recorrem ao procedimento cirúrgico, como dispõe o artigo 4º da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que preceitua, *in verbis*:

> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalização obedecerá a avaliação por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após no mínimo, dois anos de acompanhamento:
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

É com base nestes critérios que se identifica o transtorno de identidade de gênero ou transtorno de identidade sexual pelo Sistema Único de Saúde – SUS, possibilitando que a transgenitalização possa ser realizada.

No cenário internacional, vem crescendo a cada dia movimentos liderados por ativistas envolvidos na causa trans, pela retirada da transexualidade do rol de patologia. No ano de 2012, a Associação Estadunidense de Psiquiatria aprovou a retirada da transexualidade do seu Manual Estatístico para Transtornos Mentais V ou DSM - V[3], substituindo o transtorno de identidade de gênero por disforia de gênero[4], que implica em um desajuste ou mal estar que o indivíduo experimenta em relação ao sexo biológico. A designação atual, portanto, parece retomar a mesma característica de patologização da sexualidade num viés semiótico, já que modifica apenas a denominação linguística,

[3] Manual de Diagnóstico e Estatística das Doenças Mentais da Associação Estadunidense de Psiquiatria.
[4] Disforia é uma sensação ou estado de mal-estar, ansiedade e depressão.

deixando claro o eufemismo em torno da questão que vem causando sérios debates no mundo *queer*[5].

Tratar o transexual é, na verdade, uma forma de tentar corrigi-lo, encaixá-lo em um padrão que é determinado pelos ditames da heteronormatividade[6]. A identificação do transexual como doente reafirma a necessidade de que ele precisa ser tratado para se encaixar no modelo construído e estipulado pela sociedade, que o reconhece como um ser estranho, um doente mental. Fica claro, também, como a medicina influenciou no processo de patologização da transexualidade, construindo saberes que estipulam normas de conduta, ditando como as pessoas devem viver.

Essa construção da patologia, a partir da transexualidade com base nos padrões heteronormativos, se deu no momento em que o gênero foi colocado como sinônimo de sexualidade. A construção dos conceitos "gênero" e "orientação sexual" são distintas. O gênero (cisgenero[7], transgênero[8], travesti[9] e andrógeno[10]) está ligado somente ao indivíduo com as suas particularidades e singularidades, como ele se sente consigo mesmo em relação aos padrões de gênero estabelecidos pela sociedade. Já a orientação sexual (heterossexual, homossexual, bissexual, pansexual ou assexuado) é o modo como o indivíduo experimenta o seu próprio desejo sexual ou como ele se sente atraído física e/ou emocionalmente por alguém.

No entanto, ter posse dos laudos não significa a garantia de que as pessoas transexuais venham a realizar a cirurgia. Hoje, a fila de espera pode chegar a 10 anos, uma vez que a rede de saúde no Brasil não possui estrutura suficiente para atender a essa nova demanda. Com isso, a ausência de políticas públicas para esse segmento emergente em nossa sociedade contribui para a desqualificação do exercício de direito de ser reconhecido socialmente do mesmo modo como o sujeito se reconhece como pessoa. Muito mais que um

[5] Queer é uma teoria sobre o gênero que afirma que a orientação sexual e a identidade sexual ou de gênero dos indivíduos são o resultado de um constructo social.
[6] Heteronormatividade são normais de condutas sociais que diz que sexo, gênero e desejo devem está em sintonia com sexo imposto ao nascimento.
[7] Cisgênero é a pessoa que se identifica com o gênero designado a ela no nascimento.
[8] Transgênero é a pessoa que não se identifica com o gênero determinado no nascimento.
[9] Travesti é uma definição em disputa. É sinônimo de transexual, mas marginalizado.
[10] Andrógeno aquele que apresenta características, traços ou comportamento imprecisos, entre masculino e feminino, ou que tem, notavelmente, características do sexo oposto.

simples procedimento de redesignação de sexo, a conquista da cirurgia é uma vitória alcançada por essas pessoas para adequar o seu corpo a sua realidade psíquica.

2.1 O conceito de normalidade em Foucault

Para a desconstrução do conceito de normalidade ou daquilo que é considerado como patológico, é importante conhecer o modo como uma norma constitui-se enquanto um modelo ou padrão a ser seguido. A construção deste modelo, na medicina, se dá a partir de parâmetros socialmente construídos que podem ser utilizados para compreender o desenvolvimento anormal de uma criança, de um tumor ou da sexualidade. Desta forma, desenha-se uma estratégia de intervenção com o intuito de corrigir as "falhas", seja do sistema orgânico, seja da norma sexual. Para Canguilhem (2002), durante muito tempo, a medicina reforçou a ideia de que a biologia deveria ser a base conceitual fundamental para explicar as fontes do adoecimento humano. Com isso, desenvolveu o conceito de média para esclarecer o modo como um organismo adoece. Um média é produto de uma estatística e se constrói com base em fatores que consideram normal aquilo que se repete na maior parte dos organismos. A anormalidade, portanto, estaria ligada à ausência de saúde ou a um desvio que acomete o desenvolvimento habitual deste corpo. Neste caso, a mesma compreensão dada ao desenvolvimento biológico de uma leucemia é oferecida para a compreensão da sexualidade, encarada como algo passível de correção.

Deve ser analisado, também, como as instituições sociais operam essa dinâmica de produção do desvio, confirmando diagnósticos que contribuem para diversas formas de exclusão. Neste sentido, o processo de subjetivação em relação à sexualidade e ao gênero constitui uma forma de produção do desvio à medida que corrobora com a idealização da sexualidade, tomada pelos parâmetros da heteronormatividade. Desta forma, normas de conduta em relação à sexualidade são socialmente reforçadas por meio de discursos que afirmam que gênero, sexo e desejo deveriam estar em sintonia com o sexo biológico (BUTLER, 2003).

No campo social, os processos de produção de subjetividade variam e se atualizam em práticas ou tecnologias de produção de modos de existência. Para Guattari (2005, p. 35), estes processos envolvem uma espécie de reciclagem ou formação permanente "trata-se de

sistemas de conexão direta entre as grandes máquinas produtivas, as grandes máquinas de controle social e as instâncias psíquicas que definem a maneira de perceber o mundo".

Dessa forma, a óptica de cada indivíduo particular é afetada por diversas tecnologias de produção de subjetividade. Dentre as diversas tecnologias podemos citar a história, as crenças, as tradições e a cultura. O que se considera normal e, portanto, dentro dos padrões construídos pelos vínculos sociais e afetivos de seu grupo, irá afetar o modo como o sujeito se reconhece no mundo que pode classifica-lo como anormal. Se o indivíduo não se encaixar no modelo idealizado, ou seja, fugir do padrão de normalidade produzido socialmente será tratado como anormal, o indivíduo a ser corrigido e medicalizado para assim voltar a viver em sociedade.

A manifestação do processo de normalização na esfera social atua como uma forma de controlar os indivíduos de forma sutil, dominando os seus instintos, impulsos sexuais, seus desejos e suas vontades. Sobre a normalização, Michel Foucault, elucida:

> A ideia, que acho importante, de que a norma não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica. (...) A norma traz consigo ao mesmo tempo um princípio de qualificação e um princípio de correção. A norma não tem por função excluir, rejeitar. Ao contrário, ela está sempre ligada a uma técnica positiva de intervenção e de transformação, a uma espécie de poder normativo. (FOUCAULT, 2011, p . 43).

O poder de normalização tem a finalidade de corrigir o indivíduo "transgressor" e adequá-lo os comportamentos sociais vistos como aceitáveis. Michel Foucault (2011, p. 34-44), diz que:

> Parece-me enfim que o século XVIII instituiu, com as disciplinas e a normalização, um tipo de poder que não é ligado ao desconhecimento, mas que, ao contrário, só pode funcionar graças à formação de um saber, que é para ele tanto um efeito quanto uma condição de exercício. Assim, é a essa concepção positiva dos mecanismos do poder e dos efeitos desse poder que procurei me referir, analisando de que maneira, do século XVIII até o fim do século XIX, tentou-se praticar a normalização no domínio da sexualidade.

A vida em sociedade exige, de certa forma, uma conduta que deverá ser seguida por todos aqueles que estão envolvidos nessa relação com o meio em que vive. Ligadas ao poder de normalização, a religião e a cultura irão exercer um domínio sobre os grupos sociais. A medicina, também, foi uma das instituições que contribuiu largamente para o processo de patologização da transexualidade.

A construção desse processo de normalização fixa os indivíduos em um conjunto normativo que encontra-se capilarizado nas esferas da sociedade, definindo regras de comportamento em diversos campos da vida: relacionamentos, economia, familiares, educacionais, relativos à saúde e etc. Neste sentido, o ser anormal, de certa forma, é aquele que viola os padrões de normalidade constituídos a partir de diversas estratégias de saber/poder que determinam, por exemplo, como devemos nos comportar na cama.

Contudo, a transexualidade é vista como algo que fere as "leis da natureza", uma vez que se trata de um corpo biologicamente masculino ou feminino que não se reconhece como tal. O comportamento transexual, então, passa a ser visto como repudiável, pois rompe com o modelo estabelecido a partir dos gêneros feminino e masculino. No entanto, destacamos o viés social, histórico e político que circunscreve o campo da sexualidade a atrelado ao caractere biológico como um determinante fatal, fazendo-nos enxergar o transexualismo como aquilo que rompe com a composição cisgênero.

Foucault (2011), em *Os anormais*, destaca que o processo de normalização da sexualidade define três figuras que constituem o domínio da anomalia, que seriam, "o indivíduo a ser corrigido"; "o monstro humano"; e "a criança masturbadora". Para o autor, "o indivíduo a ser corrigido" não fere tão somente o "contrato social de normalização", referendado pelas instituições sociais, mas também, do ponto de vista biológico, o anormal estaria renegando a sua própria natureza para a qual ele foi constituído, renegando, assim, a sua condição cisgenera, maculando sua essência ao buscar a prática dos seus desejos e vontades.

Para Foucault, a ideia de um modelo a ser seguido, de uma verdade axiomática que determina o que é certo ou errado é fruto de um construto social que toma por base critérios normativos, quando um conjunto de regras ou normas são produzidas com o objetivo de delimitar, portanto, todos os desvios ao modelo pré-definido. A normalidade, portanto, é uma construção social. Na visão do autor, a história é mais complexa do que uma linha que caminha de progresso a progresso ou de decadência a decadência. Cada período da história será construído por um discurso que de certa forma, exercerá um poder em determinada sociedade e em determinada época.

Ainda para Foucault (2011), as práticas sexuais e/ou prazeres sexuais na Grécia Antiga eram considerados comuns. As práticas de si, de controle moral sobre a própria

sexualidade, no entanto, eram determinadas por uma ascética, ou seja, um esforço metódico e contínuo para o pleno desenvolvimento da vida espiritual, com o objetivo de crescimento pessoal e coletivo, uma vez que o "cuidado de si" era algo que se refletia na relação com o outro. Isto difere na moral sexual cristã que, a partir da Idade Média passou a interpretar a sexualidade como algo impuro, pecaminoso. Por fim, no final do século XVIII, a sexualidade começou a ser tratada como patologia, havendo assim a necessidade de normalização.

> Pode-se muito bem admitir a tese de que os gregos dessa época aceitavam, muito mais facilmente que os cristãos da Idade Média ou os europeus do período moderno, certos comportamentos sexuais; pode-se muito bem admitir igualmente que as faltas e as más condutas nesse campo suscitavam, então, menos escândalos, e expunham a menos retorsão, tanto mais que nenhuma instituição – pastoral ou médica – pretendia determinar o que, nessa ordem de coisas, é permitido ou proibido, normal ou anormal; pode-se também admitir que eles atribuíam, a todas essas questões, muito menos importância que nós. (FOUCAULT, 2011a, p. 36).

Na Grécia Antiga, portanto, não exista uma estrutura de poder social que determinasse a maneira correta de nos comportarmos sexualmente, ou seja, não existia entre os cidadãos gregos um controle social, mas sim o "cuidado de si" que objetivava o autoconhecimento e o cuidado com o outro, ou seja, um conhecer-se para governar-se. A normalização da sexualidade e a moralização dos prazeres culminaram com o padrão a heteronormatividade. Sendo assim, tudo que foge desse modelo, deverá ser classificado como "anormal" ou patológico, impondo ao "transgressor" a submissão à ordem estabelecida pelo discurso de poder.

2.2 Atos administrativos reguladores do processo transgenitalizador pela administração pública

Criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei nº 8080/1990, o Sistema Único de Saúde – SUS é regido pelo princípio da universalidade que tem por objetivo garantir o acesso à saúde em todo país a todos os cidadãos de forma igualitária, sem distinção de raça, cor, religião ou orientação sexual. Reza o artigo 196 da nossa Carta Magna:

> Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações se serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Uma das atribuições do Mistério da Saúde na direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é a publicação de portarias que tem por finalidade implantar políticas públicas voltadas para a promoção, prevenção e assistência à saúde de todos os cidadãos brasileiros em todo o território nacional.

As Portarias 457/2008, 2.836/2011 e 2803/2013 que estão em vigor e que tratam do processo transexualizador foram editadas e publicadas com a finalidade de orientar e autorizar quem, como e onde será realizado todo o procedimento médico durante o período pré e pós operatório, que engloba orientação psicológica, administração dos procedimentos de homonioterapia e cirurgia de transgenitalização. São procedimentos médicos que visam garantir os direitos de mudança das características corporais dos indivíduos que lutam pelo reconhecimento de sua identidade de gênero.

O procedimento cirúrgico no âmbito da rede pública de saúde está previsto na Portaria nº 2.803/2013 do Ministério da Saúde, a mesma determina que a realização do processo transexualizador seja feito em hospitais universitários, devidamente adequados para suportar tal procedimento de alta complexidade. Atualmente, os hospitais universitários autorizados a proceder com a cirurgia de mudança de sexo são: Hospital de Clínicas de Porto alegre – Universidade Federal do Rio Grande do Sul/ Porto Alegre (RS), Hospital estadual do Rio de Janeiro – HUPE, Hospital universitário Pedro Ernesto, Rio de Janeiro (RJ), Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina/FMUSTFFundação Faculdade de Medicina MECMPAS São Paulo (SP) e Hospital das Clínicas - Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás/Goiânia (GO).

Considerado um procedimento de alta complexidade, o Ministério da Saúde é rígido nos critérios que abrangem desde as instalações hospitalares até a formação da equipe médica, o qual definirá se as instituições médicas possuem ou não capacidade para atender e comportar os pacientes transexuais.

Destaca-se, ainda, que a natureza jurídica das portarias se constituem com um dos atos administrativos da Administração Pública, logo, poderá ser revogada em qualquer

tempo. Tais portarias não passam pelo crivo do legislativo, ou seja, não possuem caráter normativo, mas informativo, não podendo ser considerado um dispositivo legal.

2.3 Da dignidade da pessoa trans no âmbito jurídico

A Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, traz em seu artigo 1.º *"Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos"*. Fica nítido, conforme o documento supracitado, que os titulares dos direitos fundamentais são todos os homens. Se todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, fica claro que a dignidade é o atributo máximo da condição humana que deve ser respeitado. Viver em dignidade é ter todos os seus direitos garantidos, zelando pelas condições mínimas para sobrevivência em sociedade. Essas condições devem ser garantidas pelo Estado, positivadas em sua Carta Maior. O Estado é o principal assegurador dos direitos que não podem ser suprimidos, privados ou restringidos, pois desde sua concepção o ser humano já os tem garantido.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana perpassa por uma construção coletiva estabelecida sócio-historicamente e culturalmente. Nela é reconhecida a valoração do homem como cidadão. No Brasil, tal garantia tornou-se um princípio constitucional, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana reza que todas as pessoas devem ter seus direitos constitucionais garantidos e resguardados pelo Estado.

Reza o artigo 1º inciso III da nossa Carta Magna:

> Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
> [...]
> III – a dignidade da pessoa humana;
> [...]

E continua em seu artigo 5º, *caput*:

> Art. 5.º 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 [...]

Com base em nossa Legislação Pátria, promulgada pela Assembleia Constituinte de 1988, que estabelece direitos e deveres iguais a todos os cidadãos brasileiros, assim como tais direitos devem ser assegurados pelo Estado, destaca-se que, resguardar esses direitos

conquistados é promover a justiça social, é fazer da sociedade um ambiente no qual todos possam desfrutar de uma vida mais digna.

Fundamentados em um Estado Democrático de Direito, sabe-se que a dignidade da pessoa humana tem um importante valor constitucional, sendo uma ponte de ligação de diversos direitos. Desta forma, destaca-se que os direitos individuais podem entrar em conflito à medida que duas pessoas se encontram em disparidade de opiniões. Para administração desta lide, cabe ao sistema jurisdicional dirimir tal conflito. Para isso, deverá garantir o princípio da dignidade da pessoa humana para a resolução para a lide de forma a reduzir o atrito entre as variadas garantias constitucionais. Um exemplo seria: o que têm mais valor, o direito à intimidade/privacidade ou o direito à liberdade de expressão?

Diante destes conflitos dos bens jurídicos tutelados pelo Estado, cabe ao princípio supracitado, positivado em nossa Carta Magna, buscar a proporcionalidade e a razoabilidade entre eles, tornando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um importante instrumento jurídico capaz de averiguar e assegurar a aplicação adequada e correta das normas a cada caso concreto.

Direito fundamental, a dignidade da pessoa humana é um direito positivado vigente, expresso, imprescritível, inalienável, irrenunciável, universal e, o mais importante de todos: é inviolável. A relativização e a mitigação desse fundamento absoluto podem trazer problemas e instabilidade em nosso regime democrático, pois quando não observado, gera exclusão do indivíduo que passa a ser tratado como objeto e, consequentemente, será marginalizado.

Neste sentido, Flávia Piovesan (2000, p. 54), diz:

> A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionado a interpretação das normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores ético, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro".

Em uma visão mais ampla, essa garantia é universal, colocando assim todos os homens em igualdade de direitos e deveres, independente da sua etnia, cor, religião e orientação sexual. Um princípio universal que coloca o homem no centro das garantias fundamentais. Um homem visto não apenas como um ser pensante, que fala, age, chora ou ri, mas como um ser munido de direitos.

Isso consiste a dignidade da pessoa humana: aquilo que é essencial ao homem, os valores que traz consigo desde o seu nascimento, o respeito pelos seus direitos humanos e a vivência pacifica em sociedade. Tratar o outro com dignidade é, acima de tudo, reputar ao próximo o respeito ao ser humano, garantindo os direitos mais básicos, como: saúde, educação, habitação, entre tantos outros, expressos constitucionalmente para garantir uma vida mais digna. Fica claro que a dignidade humana é o respeito à vida que é o principal bem tutelado pelo Estado em busca do bem-estar social. Compreende-se que a orientação transexual não pode ser parâmetro para conferir dignidade à pessoa humana, ou seja, não podemos valorar um sujeito em função de sua orientação sexual e/ou gênero. Logo, a transexualidade não deveria ser utilizada como um artifício de produção da exclusão social.

Conclui-se que viver em sociedade implica em compreender que esta encontra-se constantemente em processo de transformação e mudança. A todo instante, mudanças sociais têm surgido, trazendo grandes desafios para o campo jurídico. Como a sociedade não é estática, o direito não pode permanecer inerte às novas realidades. Ele deve se adequar às exigências sociais surgidas, não podendo ser omisso.

3 O processo transgenitalizador e a necessidade de normatização

No Brasil, o processo de transexualização não está amparado por uma legislação específica que possa garantir os direitos das pessoas trans. As portarias já mencionadas são atos administrativos que podem ser revogados em qualquer tempo. Tramita na Câmara dos Deputados Federais o Projeto de Lei (PL) 5002/2013, de autoria dos deputados Jean Wyllys (Partido Socialismo e Liberdade- PSOL/RJ) e Érica Kokay (Partido dos Trabalhadores – PT/ DF), que têm como objetivo implantar uma lei que ofereça garantias à identidade de gênero, resguardando assim, os direitos das pessoas transexuais.

O Projeto de Lei batizado de Lei João W. Nery faz referência ao primeiro homem transexual a realizar a cirurgia de transgenitalização no Brasil e traz, em seus artigos, direitos antes renegados pela sociedade. Este projeto de lei visa garantir o direito à identidade de gênero, a partir do seu reconhecimento civil e, consequentemente, o direito de ser tratado de acordo com sua identidade de gênero no que diz respeito ao prenome e à

imagem do sexo que se requere no novo registro civil. Desta forma, garantiria o direito de que as pessoas transexuais não fiquem excluídas ou à margem da sociedade.

Tramitando desde 2013 na Câmara dos Deputados, o PL 5002/2013 encontra uma série de obstáculos para ser aprovado. Um destes obstáculos é uma bancada parlamentar formada por uma maioria conservadora que não mede esforços para impedir os direitos de grupos minoritários, como o público LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais). Na concepção do grupo parlamentar conservador, uma orientação sexual que difira da norma heterossexual deve ser amplamente combatida com a finalidade de preservação do modelo de família tradicional/nuclear (pai, mãe e filhos).

Cabe ressaltar que o projeto abarca muitos direitos, não somente o aspecto cirúrgico, mas também a já mencionada alteração do registro civil, sem a necessidade de judicializar o pedido de retificação do nome social, permitindo que este processo se dê de forma administrativa, na esfera extrajudicial.

O artigo 8º, §1º, do Projeto de Lei nº 5002/2013, diz:

> Artigo 8º - Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenção cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto-percebida.
> §1º Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico ou autorização judicial ou administrativa.

O próprio Projeto de Lei desconstrói essa ideia de "anormalidade" em torno da transexualidade e reafirma o direito à identidade de gênero sem que para isso a pessoa transexual tenha que ir em busca de um atestado médico para fazer valer os seus direitos expressos constitucionalmente, como cidadão.

Enquanto o projeto não é aprovado na Câmara dos Deputados, as pessoas transexuais continuam em busca de melhores condições de vida. Em resposta ao silêncio do legislativo, alguns movimentos e entidades vêm desenvolvendo meios para inserir essas pessoas na sociedade. Organizações Não-Governamentais (ONG's) e sem fins lucrativos vêm exercendo papel fundamental na luta por direitos do público LGBTT. A ONG do Grupo Arco-Iris, por exemplo, que foi criada na década de 1990, na cidade do Rio de Janeiro (RJ), busca promover ações e projetos nas áreas de saúde, educação, cultura e direitos sociais do

público LGBTT. Já a ONG do Grupo Dignidade, fundada em Curitiba (PR), no ano de 1992, recebeu o título de Utilidade Pública Federal, por decreto presidencial, em 05 de maio de 1997. É também uma organização que luta contra a discriminação e a promoção de valores de respeito à diversidade humana. A Comissão de Direito Homoafetivo da OAB/RJ vem trabalhando em busca de promover a cidadania desta população pelo reconhecimento jurídico de identidade de gênero e pelo casamento e/ou adoção homoafetiva. Aos poucos, estes setores da sociedade abraçam a causa, enquanto a legislação vai ficando estagnada frente à essa nova demanda.

4 Considerações finais

A patologização da transexualidade como meio de assegurar o tratamento transexualizador pelo Sistema Único de Saúde é algo que deve ser colocado em debate. A transexualidade, ao ser considerada como patologia, foi classificada pelo Código Internacional de Doenças (CID-10), permitindo às pessoas transexuais, no Brasil, a busca pelo processo transexualizador por meio do SUS. A realização do processo transgenitalizador exige uma avaliação clínica que é feita por médicos, psicólogos e assistentes sociais e que pode durar de 3 a 10 anos, período de espera para a realização da cirurgia de redesignação de sexo. Observa-se que a patologização da sexualidade caracteriza-se como uma condição *sine qua non* para o acesso ao processo de transgenitalização.

Sabe-se que a patologização da transexualidade caracteriza também um *modus operandi* que reforça o modelo heterossexual como norma ou padrão de sexualidade e que dita regras de conduta social, um modelo a ser seguido. O modelo heterossexual é, portanto, uma construção social que visa normalizar, fixando os indivíduos em um conjunto normativo que difunde-se nas esferas da sociedade, definindo regras de comportamento em diversos campos da vida. Logo, a transexualidade passa a ser vista como algo repudiável, uma vez que rompe com o modelo estabelecido a partir dos padrões de gênero fundados com base na biologia.

No Brasil, não há um dispositivo infraconstitucional que garanta o direito ao processo transexualizador, sem que a transexualidade seja colocada no lugar de patologia. Desta forma, compreende-se que, para a efetivação do direito de ser reconhecido socialmente pela sua formação identitária, deve-se considerar a dimensão da experiência subjetiva e não as características biológicas. Para isso, deve-se buscar na Constituição, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurar a realização do processo transexualizador pelo SUS.

Assim, faz-se necessária uma legislação específica que possa oferecer garantia aos transexuais de realizarem a cirurgia de mudança de sexo com o intuito de fornecer aos mesmos o direito de experimentar a vivência na vida pública a partir do modo como os mesmos se reconhecem em sua dimensão psíquica. Tramita desde 2013 na Câmara dos Deputados Federais, o Projeto de Lei nº 5002/2013 que visa garantir o direito à identidade de gênero, a partir do seu reconhecimento civil. Desta forma, espera-se que a garantia dos direitos das pessoas transexuais não sejam colocadas à margem da sociedade.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, G.; MURTA, D. Reflexão sobra a possibilidade de despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. **Revista Latinoamericana**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 14, p. 380-407, ago. 2013.

BENTO, B.; PELÚCIO, L. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, mai./ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Congresso Nacional. Lei do Sistema Único de Saúde. Lei nº 8.080 de 19 de setembro 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei João W. Nery. Projeto de Lei n. 5002/2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprovar, na forma dos Anexos desta Portaria a seguir descritos, a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. **Portaria n. 457 de 19 de agosto de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.saude.go.gov.br/public/media/EU6sWLAaw55isy/10903169095990901106.pdf. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). **Portaria n. 2.836 de 1º de dezembro de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Portaria n. 2.803 de 19 de novembro de 2013**. Brasília, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt0598_21_05_2015.html. Acesso em: 14 out. 2015.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero:** feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: http://docslide.com.br/documents/butler-judithproblemas-de-generocompletopdf.html. Acesso em: 12 nov. 2016.

CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CASTEL, P. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995). **Revista Brasileira de História**. Brasil, v. 21, n. 41, p. 77-111, mar. 2001.

CÓDIGO Internacional de Doenças. **Transtorno de identidade de sexual**. Disponível em: http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo. Acesso em: 06 mai. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. (Publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília-DF, n. 232, 2 dez.2002. Seção 1, p.80/81). **Resolução n. 1.955, de 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 14 out. 2015.

DICIONÁRIO Aurélio Online**. Dicionário português.** Brasil, 2008-2016**.** Disponível em: http://dicionariodoaurelio.com. Acesso em 21 fev. 2016.

DOS PERIGOS da "essência homossexual". **Gênero Queer**. Brasil, 5 mai. 2011. Disponível em: https://generoqueer.wordpress.com. Acesso em: 16 mai. 2015.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade 2**: o uso dos prazeres. 8. ed. São Paulo: Graal, 2011.

_____. **Os anormais.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GRUPO ARCO-ÍRIS. Organização não governamental. **Diretrizes:** promover qualidade de vida, direitos humanos e cidadania ao público de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT. Disponível em: http://www.arco-iris.org.br/o-grupo/. Acesso em: 12 nov. 2016.

GRUPO DIGNIDADE. Organização não governamental. **Diretrizes:** promoção da cidadania LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais). Disponível em: http://www.grupodignidade.org.br/. Acesso em: 12 nov. 2016.

GUATTARI, F. **Micropolíticas:** cartografias do desejo. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

MATURANO, A. C. Sobre a transexualidade na infância e adolescência. **G1**. Brasil, 11 nov. 2013. Disponível em: http://g1.globo.com/platb/dicas-para-pais-e-filhos/2013/11/11/sobre-a-transexualidade-na-adolescencia/. Acesso em: 30 mai. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Comissão de Direitos Homoafetivos da OAB/RJ. Disponível em: http://www.oabrj.org.br/noticia/89017-comissao-de-direito- homoafetivo-recebe-trofeu-rio-sem-homofobia. Acesso em: 12 nov.2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 09 nov. 2015.

PIOVESAN, F. TEMAS DE DIREITOS HUMANOS. **7. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.**

TRANSEXUALIDADE DEIXA DE SER CONSIDERADA DOENÇA MENTAL NOS EUA. JORNAL SUL 21. **PORTO ALEGRE, 4 DEZ. 2012. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.SUL21.COM.BR/JORNAL/TRANSEXUALIDADE-DEIXA-DE-SER-CONSIDERADA-DOENCA-MENTAL-NOS-EUA/. ACESSO EM: 16 MAI. 2015.**

O HUMANISMO E O DIREITO A VIDA: UMA ANÁLISE FILOSÓFICA E SOCIOLÓGICA DA ADI 3510.

Caio César Brás Gontijo Lese[*]

Raphael Ferreira Lopez[**]

Resumo: Este artigo busca fazer uma análise de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 3510, julgada improcedente pelo STF, que objetivava revogar o artigo 5° da lei de biossegurança 11.105/05, referente ao uso científico das células-tronco embrionárias. A abordagem visa à reflexão do tema nos aspectos ético, jurídico e filosófico, cujo foco principal é trazer possibilidades de como o Direito pode se adaptar aos adventos da tecnologia e pós-modernidade. Para enriquecer o debate e melhor compreendê-lo, as ideias de Carlos Ayres Britto, o então relator do processo, e de Jürgen Habermas são essenciais, trazendo múltiplas visões a fim de demonstrar o quão complexo é a natureza das decisões jurídico-sociais.

Palavras-chave: Embrião. Células-tronco. ADI 3510. Ética. Bioética. Humanismo. Judicialização. Biossegurança. Justiça. Interdisciplinaridade. Vida. Dignidade.

Abstract: This article has the pretention to analyze the direct action of unconstitutionality No 3510, dismissed by the Supreme Court, which has aimed to repeal Article 5 of biosafety law 11.105/05, Concerning the scientific use of embryonic stem cells. The approach sought the theme of reflection on the ethical , philosophical and legal aspect , whose main focus is to bring possibilities of how the Law can adapt to the advent of technology and postmodernity. To enrich the debate and better understand it, the Carlos Ayres Britto's ideas, the rapporteur of the case, and Jürgen Habermas are essential to bring multiple views in order to demonstrate how complex the nature of legal-social decisions is.

[*] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

[**] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

Keywords: Embryo. Stem cells. ADI 3510. Ethic. Bioethics. Humanism. Judicialization. Biosecurity. Justice. Interdisciplinary. Life. Dignity.

1 introdução

Em toda a história da humanidade sempre houve uma busca incessante pelo domínio da natureza, em uma tentativa vã de superar a modesta condição finita do ser humano. Explicar a natureza se tornou crucial para a ciência, pois somente deste entendimento viria à resolução aos males que atentavam o corpo humano, e limitavam a potência de existir. Schopenhauer, em seu livro O mundo como vontade e representação[1], entende que todo ser vivo é movido pela Vontade, e esta é um constructo advindo do cerne biológico, ou seja, está intrínseca à vida. Sendo assim, tudo que conhecemos é nos dado pela Vontade, a existência do mundo no interior orgânico só é possível por essa força natural que nos move à busca pela vida. Ademais, segundo o filósofo alemão, a vida se limita, em um esforço inalcançável, sempre renovador, contra a finitude da vida. O rompimento dos grilhões da finidade aponta como um sonho distante, tal qual, a pequena luz verde que Gatsby[2], personagem singular de Fitzgerald, admirava toda noite. A imortalidade ecoa no horizonte apequenado dos limites da vida humana como um profundo oceano a ser investigado, onde não se encontra fins e nem verdades, somente longos "mares nunca dantes navegados[3]".

Vive-se hoje tempos de revolução biotecnológica, onde a engenharia genética já consegue investigar o centro de nossa natureza, o DNA, selecionando características de acordo com as conveniências e vontades individuais. Desta tecnologia desponta a reprodução assistida, "A fertilização in vitro é um método de reprodução assistida, destinado em geral a superar a infertilidade conjugal, utilizado com sucesso desde 1978. Ela

[1] SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**: primeiro tomo. São Paulo: Ed. da UNESP, 2005.
[2] FITZGERALD, F. Scott. **O Grande Gatsby**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013.
[3] CAMÕES, Luís de**. Os Lusíadas**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

permite que os espermatozoides fecundem os óvulos em laboratório, fora do corpo da mulher, quando este processo não possa ser realizado no seu lugar natural, que é a trompa de falópio" [4]. Esse método de reprodução trouxe a possibilidade, de se usar os embriões excedentes a fins científicos, empregando-os na busca de células-tronco totipotentes; células que possuem a capacidade de se diferenciarem em células de variados tecidos e órgãos do corpo.

É evidente que o Direito está sempre atrás em relação à práxis, buscando incessantemente representar a realidade e suprir suas exigências. No entanto, as transformações científicas, sociais e tecnológicas da pós-modernidade exigem não somente uma adaptação ao novo mundo, mas uma reflexão ética exaustiva. A grande questão que se ascende desse processo, e aqui se faz necessária à interdisciplinaridade, é: se o Direito pode se adaptar à pós-modernidade sem perder os laços democráticos.

Para responder esse questionamento, o debate central deste artigo se pauta em analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 face ao artigo 5° da Lei 11.105 de 24 de março de 2005, chamada Lei de Biossegurança, e o acordão proferido pelo STF no mediante caso. Identificando os argumentos tecidos acima, para a concretização do que o Ministro Ayres Brito identificaria como uma decisão humanista; isto é, a valorização da sociedade frente o indivíduo, que só se torna concreto enquanto ser social. "O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte" [5]. Para isso, utiliza como metodologia o estudo de caso, um método qualitativo que visa aprofundar em um pontual assunto buscando demonstrar sua amplitude.

Outrossim, há de transparecer no debate a emergência do STF como autoridade, quase sacramentada, arrogada de uma moralidade capaz de dizer o que é a verdade para a realidade brasileira. Autoridade que se esvazia no poder político deficitário de

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas a cerca da vida e da dignidade na Constituição. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 1-37. Disponível em:<http:www.panoptica.org>.

[5] BRITTO, Carlos Ayres**. O humanismo como categoria constitucional**. 1.ed. 2.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.27.

representatividade social, transparecendo como minutas desgastadas de uma sociedade pouco acostumada com o cerne democrático.

2 Desenvolvimento

2.1 A ADI 3510: um debate interdisciplinar.

Em março de 2005 foi aprovada a lei n°11.105, chamada Lei de Biossegurança que, dentre outras regulamentações, permite, em seu artigo 5°, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas por fertilização "in vitro" para fins científicos e terapêuticos. Todavia, apenas é permitida a utilização de embriões inviáveis ou congelados por três anos ou mais, com o consentimento dos genitores e respeitados os processos dos comitês de ética em pesquisa.

Por existir na Lei um conteúdo interdisciplinar, cabe aqui a distinção entre uma célula-tronco embrionária e a célula-tronco adulta. A primeira, também chamada de totipotente, é encontrada no embrião humano e possui a capacidade de se diferenciar em qualquer dos 216 tecidos que compõem o corpo humano. Estas podem ser extraídas em até três semanas após a fecundação, fazendo com que as células-tronco embrionárias se tornem necessárias para a pesquisa médica. Já o segundo tipo, as oligopotentes, são capazes de se diferenciar em poucos tecidos, por serem retiradas de tecidos adultos já diferenciados, o que torna seu potencial para a pesquisa significativamente menor, embora também sejam dotadas de importância[6].

Todavia, em maio de 2008 foi apresentada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510[7], pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, que alegava,

[6] BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas a cerca da vida e da dignidade na Constituição. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 6-7. Disponível em:<http:www.panoptica.org>.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

primeiramente, que o dispositivo do artigo 5° da lei seria contrário à inviolabilidade do direito à vida; sendo o embrião uma vida humana requereria dignidade. Além disso, a tese central foi de que a vida humana acontece na fecundação, por conseguinte, o zigoto é um ser humano embrionário. Partindo deste pressuposto, a pesquisa resultaria na morte do embrião; mesmo que seja justificada pela cura, a prática instrumentaliza o ser humano e retira a possibilidade de escolha daquele indivíduo em potência. Ademais, as células-tronco adultas já cumprem favoravelmente seu papel científico.

Por outro lado, a discussão sobre o inicio da vida é de extrema complexidade, até mesmo para os cientistas, não havendo entre eles um consenso. No entanto, há no Direito brasileiro a proteção e o reconhecimento da personalidade da pessoa no nascimento e a proteção dos direitos do nascituro[8].

Portanto, há estudos que sugerem a reflexão que objetiva adicional tutela aos direitos fundamentais à vida e à dignidade humana aos embriões em idade "pré-nidativa", isto é, até o 13° dia depois da fecundação, sendo ocorrida esta *in vitro* ou *in vivo*[9]. Deste modo, seria o artigo 5° da lei de biossegurança uma norma que fere um direito natural à vida, "promulgada pela razão, própria da natureza humana" [10]. Além disso, considera-se que o nascituro é ser humano autônomo e individual, devendo possuir direitos fundamentais à vida, à dignidade humana[11] e o mesmo estatuto jurídico de todas as pessoas nascidas e, portanto, socializadas.

2.2 Habermas e a eugenia liberal.

No mundo complexo da chamada pós-modernidade, onde a tecnologia e a ciência parecem ter desvendado o que havia de mais furtivo, a moralidade aparenta se enfraquecer diante das transformações. Ivan Fiodorovitch Karamazov, personagem do livro ' Irmãos

[8] BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum RT / [Equipe RT]. – 12. ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
[9] SOUZA, Draiton Gonzaga; ERDTMANN, Bernardo. **Ética e Genética II.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.48.
[10] NEDEL, José. **Ética, direito e justiça**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.79.
[11] Idem, p.48.

Karamazov'[12] de Dostoievski, um intelectual perturbado e audacioso para o seu tempo, angustiado questiona "se Deus estivesse morto, (...) tudo seria permitido?"[13]. Se não mais Deus fosse o freio moral, incorporado na religiosidade com a figura do pecado e da virtude, tudo se tornaria lícito? Deus enquanto a figura humanizada que habita a consciência humana, como defendia Feuerbach, como um contrapeso ao que o homem é, não mais poderia oprimir um lado da balança, desnudando os grilhões morais dos indivíduos. Esse mundo desencantado, habitado por indivíduos amesquinhados, que pouco pensam sobre as consequências de suas escolhas pode transcender facilmente o campo ético e produzir barbáries. Não nos referimos somente ao domínio da racionalidade, o que não é de fato realidade, pois as religiões continuam perpetuando-se e crescendo pelo mundo.

Diante deste diagnóstico, Habermas demonstra seu receio ante as novas tecnologias que abrem portas à instrumentalização humana, pois, para ele, quem começa a escolher quem é digno ou não de viver, acaba perdendo o controle sobre o que se está fazendo[14]. O incentivo às pesquisas com células-tronco totipotentes, para o autor, justificada pela busca à cura, poderia causar uma vulgarização da vida humana, ou melhor, abrir portas para uma verdadeira eugenia, sendo confundidas intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento. Isto posto, avilta a intangibilidade da pessoa e a indisponibilidade do corpo, que se encontra no capítulo II do código civil, e no artigo 5° da Constituição Federal. Habermas, portanto, prossegue seu entendimento de que a fronteira entre pesquisa com células-tronco, seleção de fatores hereditários indesejáveis, e otimização de fatores desejáveis, é extremamente tênue, propiciando à espécie humana o protagonismo de sua própria evolução. Restaria pouco da autonomia se as características do corpo fossem previamente escolhidas por outrem, impedindo que o indivíduo se entenda como o único autor de sua existência.

[12] DOSTOIÉVISKI, Fiódor M. **Os irmãos Karamázovi**. Coleção os imortais da literatura universal n°1. Ed. Abril: 1971.
[13] Ibidem, p.109.
[14] HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Antes mesmo de ser inserida em meio social, de convívio com outras pessoas, a vida humana "goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres" [15]. Além disso, os pais daquele novo ser que se forma já se comunicam com ele, não somente como um reconhecimento de sua humanidade, mas como um ser dotado de uma totalidade nova, constituído de capacidade socializante, um ser infinito de probabilidades existenciais. Esses pais, assim como qualquer indivíduo, não enfrentam a realidade dotada de nudeza, não pertencem a um espaço somente físico, mas sim em um "universo simbólico" [16]. O fato se apresenta ao sujeito, que com todo seu aparato cognoscitivo, orgânico e fisiológico, capta o que ocorre, mas apenas compreende a partir dos "variados fios que tecem a rede simbólica, o emaranhado da experiência humana" [17]. Antes de facear com a realidade, o ser humano dialoga consigo mesmo, sendo inevitável a interposição deste meio simbólico.

Por conseguinte, a questão essencial, para Habermas, é se a tecnicização da vida humana nos despojaria de nossa identidade, que transcende o âmbito cultural e se apoia na construção de dignidade que é comum em diversas culturas. Identidade esta que avulta o reconhecimento dos semelhantes, a igualdade, e a liberdade de se auto construírem. A realidade migraria da literatura, para construir uma sociedade amparada por chips tecnológicos, e robôs dotados de mais inteligência, onde a autonomia deixaria de ser fundamento moral em nome de um aprimoramento das características humanas. "Uma pessoa só possui seu corpo na medida em que ela é esse corpo vivo" [18]. Parafraseando Hannah Arendt, Habermas em seu livro "O Futuro da Natureza Humana" poeticamente diz que há "um sentido escatológico em todo nascimento, com o qual se une a esperança de que um totalmente outro quebre a corrente do eterno retorno. O olhar comovido de quem espera curioso pela chegada do recém-nascido revela a expectativa do inesperado. Contra essa esperança indefinida em relação ao novo, o poder do passado sobre o futuro deve se espatifar" [19].

---

[15] HABERMAS, 2004, p.50.
[16] CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem**: introdução a uma filosofia da cultura humana. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 48.
[17] Ibid.
[18] HABERMAS, op. cit., p.70.
[19] Ibidem, p. 81.

2.3 A sociedade como valor máximo.

Para Luís Roberto Barroso[20], um árduo defensor da constitucionalidade do artigo 5° da lei de biossegurança, não se pode falar de violação do direito à vida, e sequer da dignidade humana, pois o embrião utilizado para a pesquisa, não se equipara a pessoa, e nem mesmo ao nascituro, porque não há qualquer ligação a mãe[21]. Dessa forma, não existe ser humano em potencial, visando o caráter restritivo que a norma tem, em não permitir o uso de qualquer embrião, somente àqueles que já existem e foram declarados inviáveis para os fins gestatórios, ressaltando a necessidade do consentimento dos pais.

Ademais, diante das diversas teorias que tentam definir o início da vida, e a incerteza que perpassa cada uma delas, Barroso considera que dizer onde está o prelúdio da vida não é relevante para se definir a constitucionalidade daquela norma, uma vez que os embriões já existem e serão descartados do mesmo modo caso as pesquisas sejam proibidas. Aqui se encontra um ponto crucial para a compreensão de todo o argumento que salienta uma função social de um embrião que está fadado ao despejo.

A sociabilidade emerge como fim máximo e valoroso, como um longo horizonte civilizacional, onde o indivíduo não mais é uma unidade mínima, mas um microcosmo funcional conectado a um macrocosmo. "Viver é etecetera" [22], já dizia o singular Guimarães Rosa; a vida enquanto constructo do tempo e do vivenciar. Dessa conjectura, o ministro Ayres Britto, o então relator do processo[23], exprime, durante seu voto, que não se pode desprender a pessoa de seu caráter biográfico, nem mesmo deixar de vislumbrar a maternidade como fonte de um projeto de vida. Não se pode conceber vida sem o devaneio da mãe, que recebe seu filho nos braços como totalidade de seu corpo, como um novo ser

[20] É importante ressaltar que o atual ministro do STF Luís Roberto Barroso, na época da ADI quando ainda não compunha a Suprema Corte, atuou como advogado e representante do Movimento em Prol da Vida (Movitae) e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), entidades admitidas como amicus curiae.
[21] BARROSO, Luís Roberto. **A fé na ciência**: Constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_fe_na_ciencia.pdf.
[22] ROSA, Guimarães. **Grande Sertão**: veredas. 14 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1980, p. 76.
[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

que transcende sua pobre condição finita, e abre portas a uma nova realidade familiar. O embrião ligado à mãe, dotado de potência, germinado pela essência humana da sociabilidade, se diferencia do embrião que será usado a fins científicos, e ambos, distinguem-se da pessoa.

Esse humanismo como categoria jurídica assenta no "culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira" [24]. O próprio Direito Penal demonstra sua predileção pela vida estruturada quando delibera e não pune o aborto dito necessário, da gravidez resultante de estupro, e de crianças anencefálicas. Pondera que o sofrimento da mãe, nesses casos, permite a cessação da gestação.

Diante das promessas de se encontrar a cura para diversas enfermidades, a pesquisa com células-tronco embrionárias, nutre o desejo possível da ciência e da técnica em retirar o homem de seu ensimesmado destino. No entanto, dissociar o conhecimento da faculdade de refletir e problematizar rompe a fronteira humanista. Neste viés, as críticas habermasiana e também de Hannah Arendt são compatíveis por entenderem que limitar o poder de crítica apenas coisifica o homem[25].

Essa percepção humanista se concretiza através de três preceitos: primeiramente é tornar o Direito dirigido por uma Constituição regada de vontades normativas da nação, a existência do Estado e do governo a serviço efetivo da sociedade, e finalmente, tornar como escopo máximo da coletividade a busca pela felicidade e dignidade individual dos seus partícipes. O conteúdo deste juízo esbarra em uma perspectiva sociológica humanística[26], que concebe a identidade como uma faculdade construída socialmente, sustentada socialmente e modificada socialmente. A história individual se traduz a um script apresentado em um palco, onde a todo tempo se incorpora papéis sociais diferentes.

2.4 A Constituição Humanista

[24] BRITTO, 2012, p.19.
[25] GUIMARÃES, Célia Maria; LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; CURADO, Odilon Helon Fleury. **Pesquisas em educação**: abordagens teórico-metodológicas e temáticas. 1.ed. Curitiba: CRV, 2013, p. 15.
[26] BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas:** uma visão humanística. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

Diante das perspectivas apresentadas, Ayres Britto[27], denota ao Direito o caráter humanista, e para isso, elucida a Constituição como cúspide do ordenamento jurídico e, evidentemente, o fontanário de todo o humanismo. O Direito, como obra cultural, é uma realidade que tem como sentido servir sua própria ideia, e esta, cujo sentido traz a natureza cultural, é a justiça. Dessa forma, se o fim último da sociedade é a personalidade, como entendia Radbruch[28], o Direito como produto social e cultural, dotado de valores, não pode senão ter como fim último os elementos civilizatórios do humanismo. Ele não pode se ater de um caráter determinista e estagnante, mas sendo legitimado pela cultura, deve-se munir da evidência que é o caráter transformador do ser humano e da sociedade, sem se resultar tirano a ponto de governar e de tolher a liberdade.

Se o ordenamento é embebido de humanismo, sua Constituição deve ser do tipo dirigente, e no caso brasileiro a resposta parece afirmativa quando observada seus pilares que denotam seus sentidos maiores, como a dignidade humana, o pluralismo, a solidariedade e a liberdade. A constituição não pode ter outro fim que servir a coletividade, e governar o próprio governo, quando entende que o mínimo existencial deve sobrepujar a própria cláusula da reserva do possível, sendo questão de honra humanista conceber a sociedade como "o povo de hoje, o povo de ontem e o povo de amanhã" [29]. Ademais, as políticas públicas devem atender primeiramente o que a constituição ordena, para posteriormente a complementar sem atropelar a dita vontade da Constituição.

Por mais humanista e democrática que seja, a Constituição, como objeto cultural, não se concretiza sozinha, é por isso que o poder Judiciário deve sempre cumprir o papel de guardião do Direito. A cultura se comporta como uma agulha que costura o presente, o passado e o futuro, que dá características uníssonas, e, por conseguinte, o Direito deve se policiar para que não se rompa as fibras do tecido, e ao mesmo tempo as linhas se adaptem ao tempo e a renovação, sem converter-se na agulha tirana que prejudica o natural tear dos fios. Ressignificando a metáfora, "O judiciário não tem do governo a função, mas tem do

[27] BRITTO, 2012.
[28] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 195.
[29] BRITTO, 2012, p. 99.

governo a força. A força de impedir o desgoverno, que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à Constituição" [30].

Como conservador por natureza, o Direito precisa conservar seus valores de solidariedade, pluralismo, dignidade humana e liberdade, para assim funcionar, também como freio do poder político que possui como característica essencial a mutação. Os freios para as ambições humanas precisam ser exercidos pelo tecido social do regime democrático, e pelas exigências da vida comunitária; como exemplifica Todorov, "O primeiro adversário da democracia é a simplificação que reduz o plural ao único, abrindo caminho para o descomedimento" [31].

2.5 A Constituição humanista como éthos.

Diante de todo o debate promovido nos tópicos anteriores, chega-se a questão de como deve se portar a Constituição humanista em relação à pesquisa com células-tronco, em um mundo de crise moral, cuja figura da dubiedade se ascende, como já demonstrado por Habermas. A liberdade de escolha em nossos tempos é vasta, o que nos lança em incertezas angustiantes. Qualquer pretensão de infalibilidade passa a ser suspeita; esse é o diagnóstico de Zygmunt Bauman[32] sobre a crise moral pós-moderna, um ser dotado de um vazio que lhe possibilita o dever de escolher, e escolhas carregam o peso demasiado da responsabilidade. Como mostrou Milan Kundera em seu clássico livro 'A insustentável leveza do ser'[33], nossa vida é um esboço de nada, é um esboço sem quadro.

O Direito poderia evitar que a tecnologia levasse a uma banalização da vida humana? E ao mesmo tempo aproveitar o que a técnica poderia oferecer de melhor? Essas questões nos levam a crer que a criação de um éthos, ou até mesmo a sua busca no âmago da sociedade, poderia solucionar o temor da perda do valor da vida. Não há nada mais

[30] Idem, p. 116.
[31] TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da Democracia**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 19.
[32] BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2013, p.35.
[33] KUNDERA, Milan**. A insustentável leveza do ser**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

moderno de que a pretensão de universalizar, como um processo civilizador, uma ética comum, a fim de garantir um futuro melhor. A mentalidade iluminista desejava incansavelmente atingir, por meio da razão, uma moral com força normativa capaz de transformar o futuro da humanidade. Desta perspectiva, Bauman[34], entende que a pós-modernidade é uma modernidade sem ilusões, ou seja, despida da utopia de que a desordem do mundo humano é temporária e substituível por uma sistemática realidade proveniente da razão, um éthos capaz de permanecer diante da metamorfose que é o mundo.

As normas possuem o caráter universal[35], são capazes de regular comportamentos e trazer princípios universalizantes, porém, a consciência moral só advém da relação do sujeito consigo mesmo; a norma cria deveres, que carregam consigo a punição, já a moral não possui esse caráter calculista e coercitivo, "ser moral significa ser abandonado à minha própria liberdade"[36]. Novamente, o sociólogo polonês compreende que na sociabilidade se encontra a solidão da pessoa moral, ou seja, pela benesse de sermos morais, vivemos em sociedade, respeita-se a lei graças à moral[37]. Logo, desse pressuposto deve-se partir o Direito para evitar a insignificância da vida em relação às pesquisas embrionárias. Portanto, a proposta de Ayres Britto pretende demonstrar que o Direito deve se prover, como instituto social, da interdependência entre sociedade e indivíduo.

O mundo científico e tecnológico da modernidade rege-se por uma necessidade incessante de realizar seus fins, o sentido está sempre além, os valores devem ser deduzidos a partir das finalidades; isso torna o mundo tecnológico extremamente flexível, ganhando um caráter de veracidade inquestionável, quase messiânica, pretendendo seu escopo a qualquer preço[38]. Se o mundo pós-moderno se caracteriza pela ausência de fins, pelo desguarnecido destino humano, o Direito não pode se apetrechar de uma pretensa ética universal, e sim de freios que propiciam um caminho mais humano. De forma mais clara, o constitucionalismo humanista não pode se mostrar como uma ética universal, pois

[34] BAUMAN, 2013, p.51.
[35] Idem, p.80.
[36] Idem, p.112.
[37] BAUMAN, 2013, p.90.
[38] Idem, p.314.

corre o risco de tornar-se autoritário e excessivamente intervencionista, e sim como um jugo ético, como pretendia Barroso. A ciência não interrompe seu progresso, mas esse progresso só pode se dar por meios que não aflijam a outrem, e seus direitos humanos. Enquanto as finalidades serão limitadas por uma recusa em se esquecer da história e das atrocidades cometidas, pois, quanto mais morto for o passado, mais ele estará livre para uso simbólico e ideológico, como entendia Eric Hobsbawn[39].

Joseph Ratzinger[40], também reconhece que uma fórmula universal capaz de sustentar o todo e mantê-lo unido não existe; seja um pretenso éthos advindo da razão ou da religião. A interculturalidade não pode estar ausente em um debate sobre ética, visto que, não se absorverão em todos os lugares as mesmas pretensões. O que se deve reconhecer, conclui Ratzinger, é que a religião produziu patologias, como as guerras religiosas, que precisam da iluminação da razão para evitá-las, assim como, o pensamento secular também produziu patologias, como a instrumentalização do ser humano, levando a necessidade da secularização aprender com as tradições religiosas. Nasce a regra fundamental, concretizada no contexto cultural, que é a correlação entre os dois grandes componentes da cultura ocidental.

Em relação às células-tronco, a ideia humanista não pode ser verdade indubitável, e sim, freios que evitem a insignificância da vida, como já dito acima. Dessa dicotomia, a responsabilidade moral pelo outrem desponta como atenuador possível; sair da vontade individual e conhecer o outro como alteridade, de forma desinteressada ser-para-o-outro[41].

Chaïm Perelman[42], em seu livro 'Ética e Direito', trabalha com a ideia de que a proteção aos direitos humanos se inicia com a proteção e o respeito da atividade filosófica, isto é, o uso da razão e da força argumentativa para pensar e expor pensamentos. O direito à verdade, à autonomia, ao respeito pela dignidade e pela liberdade, e tantos outros direitos, seriam condicionados ao progresso da atividade filosófica e da consciência.

[39] HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. 4. ed. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e terra, 2006, p.4.
[40] HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização:** sobre razão e religião. 1. ed. São Paulo: Ideias e letras, 2014, p.82-90.
[41] LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaios sobre a alteridade. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
[42] PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.408

Destarte, os direitos humanos e o pluralismo só serão protegidos com um judiciário independente[43], evitando assim, que se considere a verdade universalizante capaz de existir, pois, demandaria força para se impor.

O grande desafio do Direito diante dessa pós-modernidade, identificada com seus diversos nomes por diversos autores, é se adequar à mudança de valores e reconhecer que na alteridade se encontra o colo para a justiça. A pretensa Justiça que também se adequa ao difícil caso da ADI 3510.

6 Considerações finais

A sessão pública realizada para debater a tão difícil temática da ADI 3510, demonstra um amadurecimento democrático do STF, que possui um papel importante no mundo pós-moderno. Assuntos de tamanha complexidade demandam uma participação plural, o que engrandece as decisões públicas, e enaltece a participação popular. A pesquisa com células-tronco embrionárias, não remete apenas a um debate no campo ético, jurídico ou cientifico, mas sim a todo um contexto profundo e interdisciplinar.

O poder político se esfacela diante a eclosão do poder do mercado e do poder midiático, perdendo suas funções cruciais em relação à vida humana. Os atores políticos já não mais possuem a mesma confiança, e afundam-se em um oceano perverso de ceticismo. Nesse contexto, instituições como o STF são o tempo todo convocadas a tomar decisões difíceis, que, se resolvidas por um político, lhe renderia a perca de eleitorado. O judiciário, que na mentalidade popular torna-se dotado de um saber quase indisponível, sacramentado, e elitizado, toma as rédeas de um Estado à beira do colapso, como um pilar sólido em meio a mutações intensas. No entanto, o Direito não pode se aprisionar no saudosismo, e se esconder das transformações, ele precisa se adaptar aos novos valores sem perder seus pilares centrais, assim como, não deve, tampouco, se apossar da política, pois disso decorre um risco evidente de autoritarismo; a política e o Direito devem reconhecer suas funções essenciais.

[43] Idem, p.404.

A ADI 3510 transcende um simples caso pontual, revela um mundo tecnológico, cuja ciência já se mostra capaz de manipular a vida humana. Elementos ditos outrora como sagrados, agora já são alcançados pela razão humana; a ciência é capaz tomar a inquietude da aleatoriedade da natureza e escolher características viáveis para um feto. Talvez, neste século a ciência nos presenteie com o punhal para mais um golpe narcísico, que nos retira o protagonismo sobre a própria vida, e nos torne reclamantes, iguais a consumidores, a balbuciar pelas escolhas de nossos pais sobre nossos corpos; Todavia, o preço por manipular a natureza humana pode ser bastante alto, e nos custar tempos sombrios de certezas indubitáveis.

Será, então, o Direito capaz de se adequar a um mundo novo, extremamente volúvel, de relações frágeis, produtos efêmeros, instituições de novas facetas e pessoas que clamam pelo reconhecimento de suas particularidades e diferenças? Ayres Britto, e sua Constituição de valores humanistas já discutida acima, traz uma hipótese de que é possível essa adaptação, e antes de tudo, reflexão.

Se a igualdade e a liberdade são palavras modernas, a alteridade e a dignidade são pós-modernas. Os valores mudaram, a sociedade mudou, e o Direito também precisa enxergar as novas realidades, sem abandonar o horizonte de seus princípios basilares. A ciência e a técnica precisam caminhar a serviço da humanidade, sem prejudicá-la ou convertê-la em uma mercadoria, enquanto, a sociedade necessita munir-se da consciência por meio do debate crítico e filosófico, pois a face do homem pós-moderno, é uma bela e amalgamada face hermenêutica.

Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas a cerca da vida e da dignidade na Constituição. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 1-37. Disponível em: <http:www.panoptica.org>.

BARROSO, Luís Roberto. **A fé na ciência:** Constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-ontent/themes/LRB/pdf/a_fe_na_ciencia.pdf>.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna.* 1. ed. São Paulo: Paulus, 2013.

BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas:** uma visão humanística. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.** Vade Mecum RT / [Equipe RT]. – 12. ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1.ed. 2.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem:** introdução a uma filosofia da cultura humana. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMÕES, Luís de. **Os Lusíadas**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

DOSTOIÉVISKI, Fiódor M. **Os irmãos Karamázovi.** Coleção os imortais da literatura universal n°1. Ed. Abril: 1971.

FITZGERALD, F. Scott. **O Grande Gatsby**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013.

GUIMARÃES, Célia Maria; LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; CURADO, Odilon Helon Fleury. **Pesquisas em educação:** abordagens teórico-metodológicas e temáticas. 1.ed. Curitiba: CRV, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. 1. ed. São Paulo: Ideias e letras, 2014.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. 4. ed. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e terra, 2006.

KUNDERA, Milan. **A insustentável leveza do ser**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaios sobre a alteridade. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

NEDEL, José. **Ética, direito e justiça**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.79.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.408.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROSA, Guimarães. **Grande Sertão***:* veredas*.* 14 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1980.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação***:* primeiro tomo*.* São Paulo: Ed. da UNESP, 2005.

SOUZA, Draiton Gonzaga; ERDTMANN, Bernardo. **Ética e Genética II**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.48.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da Democracia***.* 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ANEXO



Velho do Restelo (1904), por Columbano Bordalo Pinheiro. O personagem "Velho do Restelo", do livro Os Lusíadas de Camões, é uma singular metáfora à incansável reflexão que deve ser feita diante da tecnologia e do mundo pós-moderno.

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Cleiton Henning da Fonseca[*]

Resumo: A presente pesquisa trabalha o tema da vedação ao retrocesso social e sua relação com a proteção do núcleo essencial do direito fundamental à educação. Buscou-se no primeiro capítulo introduzir o paradigma do neoconstitucionalismo, demonstrando sua relevância para estudo dos direitos fundamentais. Na sequência expõe uma noção de direitos fundamentais, bem como a necessidade de proteção de ao menos um núcleo essencial desses direitos. Por fim delimita-se o núcleo do direito fundamental à educação. Outrossim, no segundo tópico foi abordado o princípio da vedação ao retrocesso social, delimitando seu objeto e seus fundamentos. No terceiro tópico analisa-se a relação do princípio da vedação ao retrocesso social com o núcleo essencial do direito à educação, concluindo que ele deve funcionar em dois ângulos: o primeiro como obrigação de continuidade da concretização das conquistas sociais alcançadas, em outras palavras deve-se assegurar o estado vigente de políticas públicas que são meios de efetivar o direito fundamental à educação; o segundo ângulo é relacionado aos atos praticados pelo legislador e gestor público, quando os atos mitigam ou suprimem políticas públicas, de modo a ferir o núcleo essencial do direito à educação, de maneira que o ato deve ser declarado inconstitucional. Conclui-se que o princípio da vedação ao retrocesso social é uma forma de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de direito fundamental à educação, devido a sua característica de direito que necessita de prestações estatais e sua elevada importância pelo fato de estar intrinsicamente ligado à dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais descritos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito fundamental à educação. Direito constitucional. Princípio da vedação ao retrocesso social.

[*] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), cursando a pós-graduação *lato sensu* em Direito constitucional na Academia brasileira de Direito Constitucional.

Abstract: This research work the issue of sealing the social regression and its relation to the protection of the essential core of the fundamental right to education. It sought in the first chapter introduce the paradigm of neoconstitutionalism, demonstrating its relevance to the study of fundamental rights. Following exposes a notion of fundamental rights and the need for protection of at least one essential core of those rights. Finally delimits up the core of the fundamental right to education. Furthermore, in the second chapter we have addressed the principle of sealing the social regression, delimiting its object and its foundations. In the third chapter analyzes the relationship of the principle of sealing the social regression with the core of the right to education, concluding that it should work in two angles: first as an obligation of continuing the implementation of social achievements, in other words must multi-lingual the current state of public policies that are means to accomplish the fundamental right to education; the second angle is related to the acts of the legislature and public manager when the acts mitigate or suppress public policies in order to hurt the core of the right to education, so that the act must be declared unconstitutional. We conclude that the principle of sealing the social regression is a way of ensuring the essential core of fundamental rights, especially when it comes to the fundamental right to education, due to its characteristic of law that requires state benefits and their high importance because to be intrinsically linked to human dignity and the fundamental objectives outlined in the Constitution.
Keywords: Fundamental right to education. Constitutional right. The principle of sealing the social retrogression.

1 Introdução

A presente pesquisa aborda um tema que vem adquirindo repercussão no campo jurídico, o princípio da vedação ao retrocesso social, analisando sua relação com o núcleo essencial do direito fundamental à educação, para fomentar o debate e se possível verificar se o referido preceito é suficiente para garantir o nível de concretização já alcançado.

A pesquisa justifica-se pelo fato de que a Constituição Federal estabelece diversos direitos sociais, dentre eles à educação. Os direitos sociais concretizam-

seatravés de prestações estatais positivas, ou seja, por políticas públicas que dependem da ação dos atores estatais conforme sua competência.

A Constituição, quando estabelece direitos prestacionais, impõe um dever de agir ao ator estatal, conforme o sentido de constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho ou estrita legalidade de Luigi Ferrajoli, sendo que ele deve legislar e administrar de modo a concretizar os direitos fundamentais, uma vez que sua ação é vinculada ao texto constitucional.

Entretanto, em determinados momentos como os de crise econômica os gestores tendem a cortar gastos aplicando medidas de austeridade, de maneira que os direitos sociais são severamente ameaçados pela busca de equilíbrio das contas públicas.

Expostas as razões que justificaram a presente pesquisa, demonstra-se como ela foi desenvolvida.

Na primeira parte, estabelece o atual modelo constitucional, a ênfase dos direitos fundamentais nesse modelo, a dificuldade de delimitar a abrangência e conteúdo de determinado direito fundamental, optando-se por delimitar o núcleo essencial do direito à educação, ou seja, aquela prestação mínima sem a qual o direito fundamental em análise tornar-se-ia mero enunciado normativo sem eficácia.

Na segunda parte analisa-se o princípio da vedação ao retrocesso expondo seus fundamentos, bem como demonstrando sua função e efeitos.

Por fim, na terceira parte busca-se analisar o papel do princípio da vedação ao retrocesso social, a fim de garantir o núcleo essencial do direito fundamental à educação.

2 A construção do neoconstitucionalismo e o direito fundamental à educação

2.1 Panorama do atual modelo constitucional

A Constituição passou por diversas transformações, incialmente, considerava-se uma carta política, desprovida de força normativa servindo apenas de carta de boas intenções políticas sem efeitos práticos e exigibilidade jurídica. Porém, diante de necessidades e tensões sociais, ocorridas especialmente no século anterior, as constituições tiveram que se adaptar a novas realidades, as quais resultaram em movimentos de neoconstitucionalismo, conforme abordado a seguir.

Antes de adentrar no mérito do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, é preciso falar sobre a introdução da concepção contemporânea de direitos humanos, que tem como marco histórico a Declaração Universal de 1948, sendo reafirmada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 e influenciou fortemente o contexto constitucional.

Acerca do tema, deve-se lembrar da lição de Flávia Piovesan:

> Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descatabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana. (PIOVESAN, 2012, p. 38-39)

As atrocidades ocorridas no período em que o regime nazista ocupou o poder, deixou um legado de violência e desrespeito pela dignidade do homem, que chegou ao ponto de retirar do homem, sua condição humana, tornando-o algo comparável a um semovente, um ser que se interpõe entre vivo e o morto.

A decadência do pensamento jurídico positivista é fruto de um desencantamento em torno do positivismo ideológico, fato que ensejou na crítica ao direito posto e abriu espaço para direitos humanos e fundamentais. George Marmelstein explica acerca do conteúdo positivismo "o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo. " (MARMELSTEIN, 2014, p.10) No positivismo jurídico a norma não detém um conteúdo ético intrínseco,

em oposição ao jusnaturalismo, no qual somente são direitos aqueles considerados justos, ou seja, com conteúdo ético intrínseco.

Hans Kelsen, explica o sentido de justiça na concepção positivista afirmando que o significado de justiça é legalidade, pois é justo que uma norma deva ser aplicada em todos os casos iguais, e injusto quando ela não seja aplicada em casos similares (KELSEN, 2005, p. 20). Desta forma, vê-se claramente que no positivismo que qualquer conteúdo pode vir a ser direito, fato que possibilitou a injustiça legal do Estado nazista.

Diante do desencantamento com o positivismo jurídico, muitos pensaram que haveria um retorno das doutrinas jusnaturalista. Mas, não foi o caso, como afirma George Marmelstein (2012, p.10), havendo uma releitura do direito positivo clássico, com uma inserção de valores morais, como a dignidade da pessoa humana, especialmente nas constituições, ou seja, o direito natural foi positivado.

O pós-positivismo tem como núcleo rígido a absorção de valores fundamentais na sociedade, através de normas jurídicas e reconhece eficácia normativa. Tais postulados são consagrados no texto constitucionais, estabelecendo direitos e garantias fundamentais.

Luís Roberto Barroso afirma que "o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas." (CLEVE; BARROSO, 2015, p. 335)

Embora no positivismo tradicional existem diversos métodos para resolver as lacunas, tais métodos podem ser insuficientes em casos limítrofes. Neste caso o pós-positivismo se destaca, pois, para a solução de casos difíceis, utiliza de normas abertas, ou seja, a interpretação é realizada por princípios jurídicos, fugindo de categorias metafísicas, ou extrajurídicas.

Robert Alexy faz uma breve comparação entre positivistas e não positivistas, sobre o fundamento das decisões, para os casos difíceis (ou duvidosos).

> Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal, deve afirmar que nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar. (ALEXY, 2009, p. 11-12)

Após breves comentários acerca da crise do positivismo e sobre o pós-positivismo, cabe estabelecer alguns aspectos relevantes do neoconstitucionalismo, de maneira que permita aprofundar o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

No processo evolutivo do constitucionalismo, existe um traço constante, que persiste desde os primórdios, é a limitação do governo pelo Direito, as chamadas limitações constitucionais. (TAVARES, 2014, p. 34-35)

Durante o processo evolutivo o constitucionalismo ganha novos contornos, assumindo o papel principal nos ordenamentos jurídicos. Esse atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional é denominado de neoconstitucionalismo. Embora seu conteúdo seja debatido, a seguir serão demonstrados os traços essenciais.

Paulo Gustavo Gonet Branco, leciona:

> O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 61)

Desta forma, podemos sintetizar que o neoconstitucionalismo tem como característica a absorção de valores morais no texto constitucional, com o reconhecimento de validade e aplicabilidade direta; essas normas são princípios que consagram direitos e garantias fundamentais; a segunda característica é a expansão da jurisdição constitucional, especialmente através do controle de constitucionalidade; por fim, a elaboração de novas teorias e métodos para aplicação das normas constitucionais, pois os princípios consagrados na constituição tem por características valores morais positivados, conflitantes porque resultam de um processo democrático plural.

2.2 Direitos fundamentais

Ao longo do trabalho buscou-se estabelecer as linhas essenciais do neoconstitucionalismo, que se encontra em estágio de mutação e evolução. É sabido que nesse novo momento do direito constitucional, os direitos fundamentais ocupam no

ordenamento jurídico papel primordial e vinculam atores jurídicos e políticos ao texto constitucional.

J.J. Gomes Canotilho, define direitos fundamentais diferenciando-o dos direitos do homem. Segundo ele: "**direitos do homem** são direitos validos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente." (CANOTILHO, 2011, p. 393, grifo do autor). Desta forma, os direitos fundamentais são direitos do homem, garantidos dentro de um ordenamento jurídico.

Luigi Ferrajoli propõe um conceito formal ou estrutural de direitos fundamentais, para ele "são **direitos fundamentais** todos aqueles **direitos subjetivos** que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados de **status** de pessoas, de cidadãos, ou seja, de pessoas com capacidade de agir." [1] (FERRAJOLI, 2009, p. 19, tradução nossa e grifo do autor)

George Marmelstein (2014, p. 17), conceitua:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Os três conceitos apresentam abordagens diferentes. Canotilho conceitua os direitos fundamentais, visualizando-os eles como direitos humanos positivados, enquanto Ferrajoli propõe um conceito formal que pode ser utilizado por qualquer ordenamento jurídico; já Marmelstein apresenta um conceito material que expõe a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais.[2]

---

[1] O autor entende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de receber prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligando uma norma a um sujeito; enquanto entende-se por estado a condição de um sujeito, frente a uma norma jurídica positiva, que estabelece condições para ser titular de situações jurídicas ou autor de atos que são exercidos. (FERRAJOLI, 2009, p. 19)

[2] Ao utilizar a dignidade da pessoa humana, como elemento do conceito dos direitos fundamentais permite a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material e direitos fundamentais em sentido meramente formal.
Nesse sentido, leciona Canotilho: "há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais); mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; " (CANOTILHO, 2011, p. 406) Enquanto o referido autor entende como "direitos fundamentais materiais seriam, nesta perspectiva, os direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal. " (CANOTILHO, 2011, p. 406). Ainda, Canotilho comenta sobre o critério elaborado por Vieira de Andrade, no qual propõe que todos os direitos ditos fundamentais que não pressuponha a ideia-princípio da

Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que "os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade da pessoa humana. " (BRENDA et al., 2001, p. 89, tradução livre)

É certo que o significado dos direitos fundamentais é variado e depende de fatores extrajurídicos, como a história e a cultura do povo ao qual os direitos fundamentais estão vinculados.

Entretanto, como leciona Konrad Hesse, os direitos fundamentais são fonte de legitimação do Estado. Desta forma, atuam na manutenção do consenso, de maneira que garantem a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais influenciam todo o ordenamento jurídico. (BRENDA et al., 2001, p. 90)

Assim, conforme abordado acima, os direitos fundamentais dependem de características histórico-culturais dos povos, para compreensão de seu significado e alcance. Tradicionalmente a evolução dos direitos fundamentais é explicada através de gerações de direitos, assim como é feito com os direitos humanos.

George Marmelstein (2014, p.37) apresenta a sistematização de Karel Vasak sobre as gerações dos direitos. Segundo esta teoria a primeira geração são os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade; na segunda geração estão os direitos sociais, fundamentados na igualdade; a terceira geração de direitos fundamentais é marcada pelos direitos de solidariedade, fundamentados na fraternidade.

Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

> **Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo**, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universidade abstrata e, de certo modo, metafisica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. (BONAVIDES, 2004, p. 563, grifo nosso)

---

dignidade da pessoa humana, não devem ser considerados como direitos fundamentais, o que resultaria em uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. (CANOTILHO, 2011, p. 407) Teoria que segundo o citado autor, não teria relevância pratica, posto que a todos os direitos fundamentais em seu sentido formal e material, merecem igual consideração e respeito. (CANOTILHO, 2011, p. 407) neste sentido, George Marmelstein se posiciona favorável ao reconhecimento de todos os direitos fundamentais, mesmo sem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal convicção traria segurança jurídica, evitando tentativas de mitigação de direitos fundamentais por razões ideológicas. (MARMELSTEIN, 2014, p. 20)

Exposto algumas noções elementares acerca dos direitos fundamentais, sem a pretensão de esgotar o tema devido sua complexidade ímpar, cabe discorrer sobre o direito fundamental à educação.

2.3 Núcleo essencial do direito fundamental à educação

Delimitar o conteúdo de um direito fundamental envolve diversos fatores, os quais não raras vezes aparecem em conflito decorrentes de casos concretos. De modo a permitir uma análise com determinado grau de segurança, a presente pesquisa delimita o núcleo essencial do direito fundamental à educação, em outros termos busca-se delimitar aquela parcela mínima do direito fundamental que deve ser garantida sob pena de violar também a dignidade da pessoa humana.

A educação é um direito fundamental, positivado em nossa Constituição no artigo 6°, *caput* e no artigo 205, *caput*. Ele é considerado um direito de segunda geração, ou seja, um direito social que impõe um dever do Estado para sua persecução. Mas, como direito social enfrenta obstáculos a sua efetivação, embora seja elemento essencial para consolidação da cidadania de cada indivíduo.

Zulmar Fachin leciona acerca da relevância do direito à educação, destacando a lição de Helder Baruffi.

> Registre-se que o direito à educação transcende o indivíduo, visto que interessa a outras dimensões sociais. Conforme Helder Baruffi, "A educação é um direito complexo, porque é objeto de várias pretensões de direito: dos pais, dos governos, das religiões, dos educandos. A educação se apresenta como um interesse não apenas do sujeito individualmente considerado, mas como um direito coletivo, próprio da sociedade". (FACHIN, 2015)

Nesse sentido, cabe relembrar a lição de Konrad Hesse sobre direitos fundamentais sociais, como garantia das bases em que assentam a existência individual (BRENDA et al., 2001, p. 97). Portanto, em sua ausência pode o indivíduo solicitar judicialmente a prestação positiva devida, por se tratar de direito subjetivo, nos termos do art. 208, VII, § 1° da Constituição Federal.

De modo a reforçar a importância da educação ao indivíduo e à sociedade Carlos Roberto Jamil Cury pontua: "a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional." (CURY, 2002, p. 245)

Ainda, no que se refere à importância da educação para o pleno desenvolvimento do ser humano, Ricardo Lobo Torres coloca a educação como *conditio sine qua non* para exercício das liberdades básicas, conforme se extrai deste excerto: "a liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial." (SARLET, et al 2003, p. 5)

Logo, da leitura dos dispositivos constitucionais, pode-se notar alguns aspectos essenciais como a universalidade do direito, o dever estatal e solidário com a família, além do papel da sociedade como promotor e colaborador.

Dentre os elementos presentes no 205, *caput* da Constituição Federal um que merece reconhecimento é o objetivo do fornecimento de educação. Este objetivo é o pleno desenvolvimento da pessoa, de maneira que cria um vínculo intrínseco com a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Constituição Federal deixa claro que a educação é elemento necessário ao acesso à cidadania, bem como a uma tentativa de igualdade para colocação no mercado de trabalho. Logo, promover o direito fundamental à educação é uma maneira de cumprir o objetivo insculpido no artigo 3°, I da Constituição Federal, ou seja, de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Posto isto, ainda é necessário fazer algumas ressalvas, pois como trata-se de um direito fundamental que impõe uma obrigação ao Estado e os recursos são escassos, devendo-se analisa-lo com cautela. De modo a elucidar a problemática, será necessário demonstrar alguns pontos históricos, demonstrando a falta de consideração em relação a educação no Brasil.

A educação primária no Brasil, mesmo depois de meio século da independência em 1822, era excludente em relação a diversos grupos, devido a visões discriminatórias, sendo vedada a negros escravos, aos índios e ainda que não proibido para as mulheres elas sofreram diversos entraves para obtê-la. (CURY, 2002, p. 258)

No Brasil, o ensino fundamental somente é reconhecido como um direito apenas em 1934, sendo que em 1967, sofre uma alteração na qual passa a ser obrigatório durante 8 anos e não mais em 4 anos (CURY, 2002, p. 259). Ademais, somente pela Constituição de 1988 é erigido com status de norma fundamental.

A regulamentação constitucional do direito à educação, atualmente, se restringe à educação básica, compreendida da pré-escola ao ensino médio. Andréa Zacarias Vieira delineia o regime constitucional à educação básica:

> A educação formal básica abrange três níveis de ensino: infantil, fundamental e médio. Com relação à educação infantil, a mesma consiste na devida oferta de creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade, conforme redação do art. 208, IV, da CF/1988. O ensino fundamental inicia-se a partir dos seis anos de idade, e tem duração de nove anos, nos termos do art. 32 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional). A última etapa do denominado ensino básico reside no ensino médio, cuja duração mínima deverá ser de três anos, nos moldes do art. 35 da Lei 9.393/1996. (VIEIRA, 2012)

Posto isto, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito fundamental à educação é a garantia da educação formal básica com padrão de qualidade. Entretanto, em relação à qualidade existem sérios problemas para sua aferição, pois faltam critérios seguros, bem como, as desigualdades regionais e culturais dificultam a obtenção de dados seguros, conforme apontado por Romualdo Portela de Oliveira, Gilda Cardoso de Araujo. (OLIVEIRA; ARAUJO, 2005)

Assim como outros direitos igualmente fundamentais, à educação existem problemas para identificação do seu conteúdo, tanto que no presente trabalho delimitou-se o núcleo essencial, ou seja, aquele conteúdo mínimo indisponível sem o qual o direito fundamental em questão estaria totalmente esvaziado.

São diversos fatores que influem para delimitação e definição dos direitos fundamentais, sendo que os direitos fundamentais são inseparáveis de suas limitações; afinal não existe possibilidade fática de um direito fundamental ser considerado de maneira ilimitada e absoluta. (SANTIAGO, 2014, p. 88)

A concepção da existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais de dimensão objetiva, é uma forma de garantir um mínimo de proteção dos direitos fundamentais.[3]

[3] Dessa forma, tal teoria afasta-se da noção subjetiva do núcleo essencial de direitos fundamentais, sendo expresso pela teoria relativa.

A perspectiva adotada na presente pesquisa, foi da dimensão objetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo explicada por Denny Mendes Santigo:

> Segundo tal perspectiva, ao contrário da subjetivista (que considera o conteúdo essencial sob o enfoque de um direito fundamental subjetivo do individuo), os direitos fundamentais possuiriam um núcleo essencial pertencente ao ordenamento como um todo, relativo à coletividade, não se referido, portanto, às expectativas subjetivas e individuais de um só sujeito, mas à ordem jurídica tomada em seu aspecto objetivo. **Tendo em vista tal acepção objetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, podemos considerar a possibilidade de um conteúdo mínimo absoluto desses direitos, impassível de limitações**. (SANTIAGO, 2014, p. 91, grifo nosso)

Ainda de modo elucidativo J.J. Gomes Canotilho, expõe a importância da premissa do núcleo essencial como "o recorte de um 'núcleo essencial' de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos." (CANOTILHO, 2008, p.261)

Diante dessas considerações, o direito fundamental à educação deve ser entendido sob prisma da teoria do núcleo essencial objetivo, sob pena de no caso concreto ter seu conteúdo jusfundamental totalmente esvaziado, pois, por consequência e de forma reflexa haveria violação de outros direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, visto que a educação é condição necessária para correto o desenvolvimento do ser humano, enquanto sujeito de direitos.

Fixa-se o recorte teórico no núcleo essencial do direito fundamental à educação, com o fornecimento de educação básica com garantias mínimas de qualidade, como forma de resguardar e cumprir os objetivos fundamentais do Estado, previsto no art. 3° da Constituição Federal, além de garantir o pleno desenvolvimento do sujeito de direitos.

3 Princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social, encontra-se implícito na ordem constitucional. O referido princípio expressa a ideia de que as conquistas, obtidas às

---

Denny Mendes Santigo leciona sobre a teoria relativa dos direitos fundamentais: "tal entendimento de certa corrente da teoria relativa (do qual são adeptos Alexy e Virgílio Afonso da Silva) que admite como possível a relativização total dos direitos fundamentais a ponto de que, em alguns casos, nada lhes reste de seu conteúdo." (SANTIAGO, 2014, p. 100)

duras penas, frutos de tensões sociais como os direitos trabalhistas, devem ser no mínimo preservados.

O conteúdo do princípio em pauta é explicado por J.J. Gomes Canotilho,

> A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contrarrevolução social" ou da "evolução reaccionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subctração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...]. (CANOTILHO, 1995, p. 468-469)

A adoção desse posicionamento pressupõe o que Canotilho denomina de Constituição dirigente, no qual, em síntese, as normas constitucionais vinculam o legislador e os operadores do direito (CANOTILHO, 2011). Luigi Ferrajoli assemelha seu pensamento de vinculação do legislador à promoção das normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais quando se refere à democracia substancial, em outras palavras quando impõe uma legalidade material (FERRAJOLI, 2009, p. 53-54).

Lênio Luís Streak, de forma implícita, reconhece o princípio da vedação ao retrocesso:

> Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (STRECK, 2003, p. 53)

Desta forma, o princípio em análise constitui uma tentativa de barrar as flexibilizações, mitigações de direitos fundamentais. Embora, normalmente a ideia seja vinculada exclusivamente ao legislador seja no âmbito ordinário ou no poder constitucional de reforma, ele deve alcançar os demais operadores do direito como os do poder executivo e judiciário. Atualmente, o princípio da vedação ao retrocesso

social[4] vem sendo aplicando pelo judiciario na área da educação e na trabalhista. Mas, o princípio não se limita a essas áreas, de modo a ser aplicado, inclusive em matéria sucessória.

Em que pese a dificuldade teórica de delimitar o conteúdo jurídico do princípio da vedação ao retrocesso social, pode-se afirmar que é uma forma de defesa dos progressos sociais alcançados, uma vez que tais progressos são a efetivação das prestações estatais impostas pelo texto constitucional.

Em outras palavras trata-se de uma vedação a ações ou omissões estatais que resultem em redução ou extinção de direitos fundamentais sociais pelos atores jurídicos, que resulta em inconstitucionalidade das medidas que venham ameaçar as prestações adquiridas, uma vez que essas prestações vêm efetivar as razões descritas no art. 3° da Constituição Federal.

Nesse sentido, é importante a lição de Ingo Wolfgang Salet:

> Importa relembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que "as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares". Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade, tal qual sustentado ao longo do presente ensaio. (SARLET, 2006)

De modo a compreender a relevância do princípio em sua totalidade, deve-se analisar os fundamentos justificadores do instituto em apreço, uma vez que ele constitui uma proteção aos direitos sociais, os quais naturalmente encontram barreiras para sua efetivação, entre elas a reserva da lei, a reserva orçamentaria e a vontade política[5].

---

[4] CF. **STF - ARE: 639337 SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011; **TRT-3 - RO: 00726201301803007 0000726-57.2013.5.03.0018**, Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt, Setima Turma, Data de Publicação: 18/07/2014 17/07/2014; **STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014

[5] Acerca das dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais, Canotilho leciona: "Através do apelo à pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, expressa no reconhecimento de uma dimensão subjectiva do direito a prestações e na ideia de uma dimensão programática-normativa (imposições dos fins e tarefas do Estado), verifica-se que os magros resultados que se chega no plano de uma estrita

3.1 Fundamento na segurança juridica

Atualmente, embora haja discussões, pode-se afirmar que o paradigma dominante é do Estado Democrático de Direito, ainda que se argumente que o paradigma seria de um Estado Socioambiental de Direito, um Estado Constitucional de Direito, entre outras denominações. A despeito das divergências ambos podem ser compreendidos dentro do Estado Democrático de Direito sob a concepção de democracia material e/ou constitucionalismo dirigente, expostas por Luigi Ferrajoli e J.J. Gomes Canotilho.

Assim sendo, na lógica de um Estado regido através de leis, a segurança jurídica é um princípio estruturante do Estado de Democrático Direito, desde sua origem no *Rechtssat* ou mesmo *Rule of Law*.

A segurança jurídica guarda estreita relação com princípio da vedação ao retrocesso social. Sendo possível apontar como um dos fundamentos do referido princípio, de modo que é possível considerar como fundamento do princípio.

Ingo Wolfgang Sarlet comenta sobre o papel da segurança jurídica:

> Convém, relembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também -pelo menos em princípio e **num certo sentido** – um Estado de segurança jurídica, já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado do Direito. (SARLET, 2007, p. 450, grifo do autor)

<<argumentação do Estado de Direito>> não significam a minimização do significado dos direitos a prestações no plano democrático-constitucional. Significa também que, mais uma vez, a realização da constituição dirigente não pode aquilatar-se através da dissolução do potencial da acção político-democrática numa <<curta>> mentalidade de prestações subjectivas, individualmente accionáveis. A <<perda de justiciabilidade>> e a colocação dos direitos a prestações dentro da <<reserva do possível>> e da <<reserva da lei>> devem ser compensadas por uma intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p. 377)

O paradigma de um Estado Democrático de Direito encontra sua razão de existir na efetivação de proposições constitucionalmente positivadas, conforme dispõe o art. 3° da Constituição Federal.

A segurança jurídica é vital, de modo a permitir certo grau de estabilidade nas relações sociais e assim permitir a efetivação dos objetivos constitucionais. No texto constitucional inexiste menção à segurança jurídica, aparecendo somente a expressão segurança em sentido amplo, conforme art. 5° da Constituição Federal e alguns dispositivos decorrentes dispostos nos incisos XXXVI e XXXIX ambos do artigo retro mencionado.

Segundo se extrai da obra de J.J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica exige dois requisitos a estabilidade e previsibilidade (CANOTILHO, 1995, p. 380).

Logo, a segurança jurídica é um dos fundamentos do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que ele busca vedar práticas lesivas aos direitos sociais alcançados, de modo a garantir certo grau de estabilidade e previsibilidade. Por certo o princípio não é absoluto, mas ao menos deve servir para garantir o núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais.

3.2 Fundamento da dignidade da pessoa humana

Examinado as linhas gerais da segurança jurídica, resta abordar o princípio dignidade da pessoa humana, pois ele também seria um fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social.

A dignidade da pessoa humana pode ser alçada como fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que, como expõe Ingo Wolfgang Sarlet, ausente a segurança jurídica, inexiste meios adequados para desenvolvimento pleno do ser humano.

Nesse sentido:

> Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2006)

Entende-se a dignidade da pessoa humana à luz do conceito elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet como qualidade intrínseca e infestável presente em qualquer ser humano, que obriga a coletividade (Estado e comunidade) ensejando uma série de

direitos e deveres fundamentais, com o fim de promover a condições mínimas de desenvolvimento e manutenção de uma vida saudável. (SARLET, 2006)

O conceito da dignidade da pessoa humana decorre da construção histórica ocidental, marcadamente inspirada pelo pensamento kantiano.

Ademais, o conceito foi retomado após atrocidades, ocorridas durante a 2° guerra mundial, de modo a tentar evitar novas barbáries. O conceito da dignidade da pessoa humana foi elevado a princípio jurídico inicialmente em sede internacional (tratados de direitos humanos e humanitários) e em nível interno através da positivação no texto constitucional.

Luiz Rizzatto Nunes identifica dois elementos indivisíveis da dignidade da pessoa humana, sendo eles que a dignidade é inerente a todos os seres humanos, e a garantia de condições mínimas, as quais possibilitem as pessoas terem uma vida digna. (NUNES, 2010)

De modo a elucidar o conceito de dignidade da pessoa humana, torna-se oportuno citar alguns excertos de casos do Supremo Tribunal Federal:

> "A 'escravidão moderna' é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento a liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. **Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana**, o que pode ser feito não só mediante coação, **mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno**. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa 'reduzir alguém a condição análoga à de escravo'." (STF, Inq 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário, DJE de 12-11-2012., grifo nosso).

De igual forma,

> "A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição **– encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais

> como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (STF, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011., grifo nosso)

Em ambos casos citados, houve violação da dignidade da pessoa humana. No primeiro caso, o particular violou condições básicas inerentes ao ser humano, como o trabalho digno, no momento que reduziu o empregado à condição análoga a de escravo.

Enquanto no segundo caso, houve violação por omissão estatal, que deixou de prestar os direitos sociais devidos, violando a noção de mínimo existencial, ideia que visa garantir prestações mínimas, as quais ausentes violam a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a partir dessas considerações pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social. Pelo fato de que a oferta incipiente das prestações devidas e estabelecidas pelo texto constitucional, através dos direitos fundamentais sociais, violam a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a retirada arbitrária ou a diminuição de direitos sociais violaria a dignidade da pessoa humana.

4 Princípio da vedação ao retrocesso social como garantia ao núcleo essencial do direito fundamental à educação

Por fim, após traçar os elementos básicos e necessários à delimitação das noções do princípio da vedação ao retrocesso social e do núcleo essencial do direito fundamental à educação, passa-se à análise conjunta destes conceitos.

O princípio da vedação ao retrocesso social, conforme exposto ao longo do trabalho, é um princípio jurídico que impõe um dever de respeito aos direitos sociais fundamentais efetivados. Caso exista uma norma que restrinja substancialmente ou exclua os direitos sociais conquistados, deverá ser declarada inconstitucional.

No caso concreto a seguir, embora não envolva o direito à educação, serve de subsídio para as considerações em relação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Verifica-se que uma lei estadual restringe o acesso à saúde de servidores públicos, de modo a violar o direito à saúde. Desta forma foi julgada inconstitucional por aplicação ao princípio da vedação ao retrocesso social e violação ao direito de saúde:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.351/2011. ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 4º, I E V E 223, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. INCLUSÃO DE FATOR MODERADOR NO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.

> VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. A edição de lei estadual que prevê limitação ao atendimento médico de servidores públicos do Estado da Bahia através da instituição de "fator moderador", representa retrocesso social e restringe o direito à saúde garantido pela Constituição Estadual, devendo ser afastada do ordenamento jurídico pátrio por vício de inconstitucionalidade. (TJ-BA - ADI: 00130076420118050000 BA 0013007-64.2011.8.05.0000, Relator: Carlos Alberto Dultra Cintra, Data de Julgamento: 01/08/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/11/2012)

No contexto da decisão, o princípio da vedação ao retrocesso teve o papel de garantia do status vigente, uma vez que preserva o direito à saúde no momento que declara inconstitucional a lei que limita direitos fundamentais, ou seja, garante a manutenção do *status quo ante* de efetivação do direito social. Exemplificado com caso envolvendo o direito à saúde, cabe analisar a aplicabilidade em face do direito fundamental à educação, especificamente seu núcleo essencial.

Conforme delimitado, o direito fundamental à educação corresponde à garantia da educação básica garantido padrão mínimo de qualidade, conforme preconiza os artigos 205 a 214 da Constituição Federal.

O direito à educação abrange outros aspectos, além da educação básica como o ensino superior e é possível imaginar outras formas de educação, para além da educação básica formal, que possam estar abrangidas dentro do direito à educação.

Apesar desta percepção abrangente, a posição adotada no presente trabalho como núcleo essencial é exposta por Andréa Zacarias Vieira no qual delineia o regime constitucional à educação básica:

> A educação formal básica abrange três níveis de ensino: infantil, fundamental e médio. Com relação à educação infantil, a mesma consiste na devida oferta de creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade, conforme redação do art. 208, IV, da CF/1988. O ensino fundamental inicia-se a partir dos seis anos de idade, e tem duração de nove anos, nos termos do art. 32 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional). A última etapa do denominado ensino básico reside no ensino médio, cuja duração mínima deverá ser de três anos, nos moldes do art. 35 da Lei 9.393/1996. (VIEIRA, 2012)

A educação formal não se limita ao ensino básico, tanto que no texto constitucional existe a previsão sobre linhas gerais do ensino universitário, sua admissão, estrutura e organização, nos termos dos artigos 208, I, 207 e 206 da Constituição Federal.

De forma que o núcleo essencial do direito fundamental à educação compreende-se na oferta regular e de qualidade do ensino básico, devendo ser

assegurado pelo Estado através de políticas públicas [6], podendo ser reclamado judicialmente em caso de violação, existindo a possibilidade de responsabilização do agente público que deveria implementar tal direito.

Nesse sentido, Zulmar Fachin leciona:

> O direito fundamental social de acesso à educação pode ser exigido e efetivado judicialmente, quando não tiver sido atendido pelos órgãos administrativos e legislativos. É imprescindível que cada pessoa, em idade escolar ou não, tenha acesso ao conhecimento. [...]Nesse sentido, os Poderes Legislativo e Executivo têm o dever de criar as condições para assegurar o efetivo acesso à educação. Diante da omissão desses poderes, cabe ao Poder Judiciário garantir a concretização desse direito fundamental. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional." (FACHIN, 2015)

O núcleo essencial de um direito fundamental representa o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana, nesse sentido tal pensamento confunde-se com a ideia de mínimo existencial.

Thadeu Weber, analisando a noção do mínimo existencial a partir da obra de John Rawls, afirma que:

> do ponto de vista jurídico, falamos de um "mínimo existencial" estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à

[6] Livia Regina Savergnini Bissoli Lage, define política pública como "um programa de governo para se alcançar a efetivação desse direito." (GRINOVER; WATANABE, 2013, p. 162); enquanto Maria Paula Dallari, conceitua política pública: "é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamento, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 218)

> preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. (WEBER, 2013).

A educação é condição indissociável para uma vida digna, uma vez que o exercício da cidadania depende de uma educação com mínimo de qualidade a possibilitar pleno desenvolvimento da pessoa no meio social.

Carlos Alberto Jamil Cury ressalta a importância da escola:

> A importância do ensino primário tornado um direito imprescindível do cidadão e um dever do Estado impôs a gratuidade como modo de torná-lo acessível a todos. Por isso, o direito à educação escolar primária inscreve-se dentro de uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos (CURY, 2002).

Entretanto, embora a oferta educacional seja deficitária tanto em número de vagas, quanto em qualidade, as conquistas sociais alcançadas hodiernamente devem ser preservadas, especialmente em momento de crise econômica.

Desta forma, o princípio da vedação ao retrocesso social funciona como vedação à diminuição ou exclusão da oferta do serviço público da educação básica.

O foco do princípio é o agir do legislador, uma vez que ele tem competência para editar leis. Entretanto, a abrangência do princípio deve ser estendida ao administrador público, pelo fato de que a lei estabelece diretrizes gerais, mas não especifica onde serão as escolas, quantos alunos por sala, salário dos educadores de forma tão minuciosa. Não se detalhe como deve ser efetivado o direito fundamental à educação, de maneira que geralmente esses detalhamentos dependem das políticas públicas implementadas discricionariamente.[7]

O caminho para a concretização dos direitos fundamentais prestacionais, dependem de diversos fatores, entre eles a ação do legislativo e do executivo.

A ação perante a função executiva, na maioria dos casos depende, dos atos discricionários, os quais conforme Irene Patrícia Nohara são pautados por juízo de

[7] Atos discricionários são aqueles para os quais a lei abre oportunidade para que o gestor público escolha entre as hipóteses possíveis, ficando a cargo das situações fáticas de como concretizar o mandamento estabelecido em lei. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade acompanha a limitação (finitude) da mente humana que não consegue identificar de forma objetiva, todas as hipóteses normativas idôneas para solucionar as situações vivenciadas no cotidiano da esfera administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 949). De maneira que o poder discricionário é o reconhecimento da limitação da capacidade do legislador de antever as dinâmicas variáveis, que ocorrem no dia-a-dia da sociedade.

mérito, ou seja, utiliza-se critérios de conveniência e oportunidade. (NOHARA, 2013, p. 115)

Porém, quando o legislador já criou leis obrigando a administração pública, ou o gestor através de seu poder discricionário, agindo de maneira a concretizar o direito fundamental à educação, tem-se o imperativo da Constituição Federal que determina a efetivação do direito. De maneira que leis ou atos administrativos que suprimem de modo substancial ou excluam as conquistas sociais alcançadas, sendo neste caso aquelas atinente ao núcleo essencial do direito fundamental à educação, por consequência violam o princípio da vedação ao retrocesso social, devendo ser declarados inconstitucionais.

Imagine-se que uma Lei X do estado Y determine que o fornecimento de materiais utilizados para educação será deixará de ser entregue gratuitamente, bem como o número de alunos por sala serão aumentados, entre outras modificações que diminuam sensivelmente a qualidade do ensino básico.

A lei hipotética, ao diminuir sensivelmente a qualidade de ensino, prejudica os estudantes, ferindo assim o núcleo essencial do direito fundamental à educação, por consequência viola a dignidade da pessoa humana, pelo fato de diminuir as chances do pleno desenvolvimento do cidadão através da educação.

Assim, em um possível julgamento deveria a lei hipotética ser declarada inconstitucional, retornando ao estado anterior com fundamento no princípio da vedação ao retrocesso social.

Outrossim, a título exemplificativo um gestor público dentro de sua competência, por ato dicionário Z, pautado por critérios de conveniência e oportunidade, determina o fechamento de escolas, revogando atos discricionários anteriores, derivados de planos de políticas públicas antigos, de modo a obrigar estudantes a um deslocamento maior, inclusive causando abandono escolar por alguns alunos, devido a distância do novo colégio, deverá ser anulado.

Aumentar o número de alunos por sala, gerar corte no quadro de educadores, de modo a diminuir a qualidade de ensino, devido a diminuição da oferta do ensino, uma vez que houve fechamento de determinada escola, gere prejuízo e assim como, no caso concreto ensejaria a inconstitucionalidade do referido ato normativo, ante a violação do princípio da vedação ao retrocesso social conforme fundamentos acima expostos.

Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso social é um dos instrumentos de proteção do núcleo essencial do direito fundamental à educação, compreendido como oferta de ensino básico de qualidade. Ocorrendo hipóteses que resultem em supressão ou diminuição das prestações devidas pelo estado, deve o ato ser declarado.

5 Considerações Finais

A presente pesquisa tratou de analisar o princípio da vedação ao retrocesso social como garantia ao núcleo essencial do direito fundamental à educação.

Primeiramente, o atual paradigma estatal é calcado em um modelo neoconstitucionalista, de prevalência dos direitos fundamentais. Desta forma, segundo autores como J.J. Gomes Canotilho, a Constituição pode ser vista como dirigente, uma vez que impõe limites e direciona a ação do legislador, bem como do gestor público.

Exposta a complexidade dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de esgotamento do tema no presente artigo, optou-se por estabelecer o núcleo essencial de um direito fundamental social, neste caso à educação.

A ideia de núcleo essencial caracteriza-se como uma parcela mínima inflexível do direito fundamental analisado, uma vez que permitir a flexibilização de um direito fundamental para além do núcleo essencial, seria retirar toda a eficácia e o suporte fático daquele direito, de modo a não existir nada além de palavras escritas no papel sem qualquer relevância fática/jurídica.

Deste modo o núcleo essencial do direito fundamental à educação, consiste na oferta regular e de qualidade da educação básica, compreendido como o ensino infantil, fundamental e médio.

O princípio da vedação ao retrocesso social é uma forma de garantir os direitos fundamentais sociais já concretizados, uma vez que eles são avanços sociais, voltados para cumprir objetivos do Estado previsto na Constituição e não rara vezes sua oferta deficitária por si só ofende, além do próprio direito à educação, a dignidade da pessoa humana.

O princípio da vedação ao retrocesso social atua em duas camadas de proteção/abrangência: i) a primeira de caráter inibitório, advertindo da impossibilidade

de medidas restritivas aos direitos fundamentais, especialmente em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; ii) a segunda camada de proteção serve de fundamento para declarar a lei ou ato administrativo que diminua desarrazoadamente ou interrompa a prestação do direito fundamental, uma vez que as conquistas sociais não podem ser alteradas ao bel prazer do legislador ou gestor da coisa pública, de modo que seu papel deve ser exercido dentro de diretrizes constitucionais, que impõe o dever de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, analisou a relação entre o princípio da vedação ao retrocesso social e o núcleo essencial do direito à educação, concluindo-se que o princípio da vedação ao retrocesso social serve para preservar o estado atual de concretização do direito à educação, que embora seja deficitário não pode sofrer as consequências de momentos de crise econômica.

Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso social serve para garantir as conquistas sociais alcançadas, impondo ao administrador e ao legislador a obrigação de respeitar e manter o estado atual de concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de educação, pois ela é condição Inafastável para o desenvolvimento digno da pessoa humana.

Referências bibliográficas

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado da. **ADI 00130076420118050000 BA 0013007-64.2011.8.05.0000:** Relator Carlos Alberto Dultra Cintra, julgado em 01-8-2012. 2012. Disponível em: <http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115382337/direta-de-inconstitucionalidade-adi-13007642011805000-ba-0013007-6420118050000>. Acesso em: 31 maio 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRENDA, Ernst et al. **Manual de derecho constitucional.** 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

_____. **Direito constitucional:** e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CLEVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **DOUTRINAS ESSENCIAIS DIREITO CONSTITUCIONAL.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 7 v.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação:** direito à igualdade, direito à diferença. 2002. Cad. Pesqui. no.116 São Paulo July 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000200010>. Acesso em: 04 abr. 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6238-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]>. Acesso em: 12 maio 2016.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **ARE 639.337-AgR:** Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 31 maio 2016.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **INQUÉRITO 3.412 ALAGOAS:** Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 31 maio 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** 4. ed. Madri: Trotta, 2009. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo; Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello.
GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** 2. ed. Rio de ;janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** Doutrina e Jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/>. Acesso em: 18 maio 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, R. P.; ARAUJO, G. C. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, n.28, abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 jul. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos:** e justiça internacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais:** Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA:** DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 2006. Disponível em: <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000154c3aaae5b06edfbb1&docguid=I7a21d850f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7a21d850f25311dfab6f010000000000&spos=30&epos=30&td=30&context=13&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Supremo Tribunal Federal. **Constituição e o Supremo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>. Acesso em: 19 maio 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O regime constitucional do direito à educação básica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, v. 81, n. 2012, p.75-90, ago. 2012.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls.** 2013. Kriterion vol.54 no.127 Belo Horizonte June 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 20 maio 2016.

PROFESSOR INTELECTUAL: O ASPECTO VOLITIVO EM UMA PROPOSTA DE REFORMA MOLECULAR PARA O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL

Marjorie Carvalho de Souza[*]

> *"La crisi consiste appunto nel fatto che il vecchio muore e il nuovo non può nascere: in questo interregno si verificano i fenomeni morbosi più svariati".*
>
> *(Antonio Gramsci)*

Resumo: Levando em conta a crise propalada no meio acadêmico quanto à inadequação do ensino ministrado nas faculdades de Direito – sobretudo no que tange ao apego à abordagem tradicional e aos déficits que a manutenção de estratégias de aprendizagem cristalizadas provoca na formação dos bacharéis - busca-se, neste artigo, uma releitura de um clássico da Sociologia do Direito com o propósito de transmudar a essência de sua tese na teoria política para repensar o ensino do Direito. Concentrando o foco de análise no estado da atividade docente nos cursos jurídicos, sob os postulados de Antonio Gramsci, três estratégias de reforma são delineadas: a) professor intelectual enquanto líder da reforma; b) luta molecular como estratégia de combate intrainstitucional e c) solidificação dessa nova estrutura a partir dos pilares do passado. Destas proposições, delineia-se o perfil do educador ideal, bem como uma perspectiva progressista para aperfeiçoar o sistema educacional por dentro dele.

Palavras-chave: Crise do ensino jurídico. Professor intelectual. Reforma.

Abstract: Considering the crisis vaunted in the academic discussions regarding the inadequacy of the education given in Law Schools - especially concerning the traditional approach and the deficits that the maintenance of crystalized learning strategies causes in the formation of bachelors -, it is sought in this article a rereading of a classic of Sociology of Law with the purpose of transmuting the essence of its political thesis to rethink the teaching of Law. Concentrating the focus of analysis in the state of teaching

[*] Acadêmica da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Ius Commune (Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica) e Editora-Chefe da Revista Avant.

activity in the legal courses, under the postulates of Antonio Gramsci, three reform strategies are outlined: a) intellectual professor as the reform leader; b) molecular fighting as an intra-institutional strategy of combat and c) solidification of this new structure on the pillars of the past. From these propositions, the profile of the ideal educator is outlined, as well as a progressive perspective to improve the educational system from inside it.

Keywords: Crisis of legal education. Intellectual professor. Reform.

1 Introdução

Alguns fenômenos são muito citados em discussões acadêmicas sem que, por vezes, tenham sido objeto de reflexões mais profundas. Exemplo pródigo dessa afirmação é a expressão "crise no ensino jurídico", que figura em boa parte dos artigos produzidos sobre o tema educação jurídica no Brasil como um lugar-comum entre os pesquisadores. Uma análise mais profunda, entretanto, requer, primeiramente, que se levem em conta as origens desse debate no cenário nacional e seus principais expoentes, para que possa ser feita, a partir disso, uma crítica atual e que efetivamente contribua para repensar o ensino do Direito no país.

A fase mais profícua desse debate se concentrou nas décadas 70 e 80[8]. Nessa época, diferentes matrizes marxistas europeias e americanas[9], como o *Uso Alternativo do Direito* (Itália), a *Associação Crítica do Direito* (França) e o *Critical Legal Studies* (EUA), exerceram influência sobre grupos de juristas latino-americanos que iniciaram aqui

[8] Há que se destacar, todavia, as considerações feitas por Francisco Clementino de San Tiago Dantas (2009, p. 9-38) em discurso proferido na Aula Inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito no ano acadêmico de 1955, intitulado "A Educação Jurídica e a Crise Brasileira", onde já apontava a necessidade de reformulação do ensino jurídico para adequá-lo aos problemas reais da sociedade brasileira. Na ocasião, teceu uma crítica ao que chamou de método de "aula-douta coimbrã", meramente descritivo e sistemático das normas positivadas e defendeu que se abandonasse a didática tradicional e se procurasse desenvolver o raciocínio jurídico nos estudantes. A verdadeira educação jurídica, para Dantas, deveria formar o raciocínio jurídico e guiar o seu emprego na solução de controvérsias.

[9] Wolkmer (2002, p. 16) fixa o período de gestação dos primórdios desses movimentos no final dos anos 60, quando ideias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista na esteira de Althusser, da teoria crítica da Escola de Frankfurt e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder, influenciaram juristas europeus a questionar o pensamento juspositivista então predominante no mundo acadêmico.

movimentos autônomos baseados em uma perspectiva crítica do Direito[10]. No Brasil, destacaram-se alguns polos de estudo, dentre os quais: i) a crítica de inspiração sistêmica, que se polariza em juristas da USP e da UFPE; ii) a crítica dialética em tendências variantes como o "Direito achado na rua" e o "Direito alternativo" com professores sobretudo da UnB e iii) a crítica semiológica na UFSC (WOLKMER, 2002).

Com essa mesma postura teórica de buscar outra direção ou referencial epistemológico que atendesse às demandas então presentes, já que os paradigmas tradicionais não acompanhavam as profundas transformações sociais e econômicas que passava a sociedade brasileira em processo de globalização, surgiram movimentos críticos[11] para repensar a educação jurídica do Brasil, todos eles apoiados em um diagnóstico de crise do ensino do Direito. Vale a pena citar alguns dos protagonistas dessas discussões em suas obras paradigmáticas, muitos dos quais estavam conectados ou foram eles próprios fundadores daqueles movimentos críticos do Direito acima citados: Alberto Venâncio Filho (1982), Edmundo Arruda Jr (1982), Horácio Wanderlei Rodrigues (1988), José Eduardo Faria (1986), Joaquim Falcão (1984), e Roberto Lyra Filho (1980).

De lá para cá, rios de tinta foram gastos para apontar as mais variadas facetas da "crise do ensino do Direito". Tratando-se de uma questão complexa, nada mais natural que houvesse múltiplas tentativas de explicá-la. Buscando oferecer um panorama dessas discussões, Rodrigues (2005, p. 35) delineou de forma esquemática os três principais aspectos em torno dos quais giraram os autores e as teses que discorreram acerca da crise no ensino do Direito: i) crise estrutural (dentro da qual se insere a crise do paradigma político-ideológico e do paradigma epistemológico); ii) crise funcional (que abarca a crise do mercado de trabalho e a crise de identidade e legitimidade dos operadores do Direito); e iii) a crise operacional (que abrange a crise administrativa e a crise acadêmica, a qual, por sua vez, é subdividida em crise didático-pedagógica e crise curricular).

[10] Por "perspectiva crítica", "teoria crítica" ou "pensamento crítico" no Direito, Wolkmer (2002, p. 77) refere-se ao "exercício reflexivo de questionar a normatividade que está ordenada/legitimada em uma dada formação social e admitir a possibilidade de outras formas de práticas diferenciadas no jurídico".

[11] Destaca-se a criação, em 1974, sob a liderança do argentino Luís Warat, professor no Mestrado em Direito da UFSC, da ALMED – Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito, entre cujos objetivos constava a reformulação das bases epistemológicas da produção do conhecimento, considerado como fetichizante (OLIVEIRA, ADEDODATO, 1996).

Tendo em vista as limitações que a natureza breve de um artigo impõe, esta pesquisa restringiu-se a abordar apenas o aspecto didático-pedagógico da crise acadêmica (operacional). Dessa forma, sejam os problemas aqui levantados, quanto as possíveis soluções aventadas, não há por parte da autora a pretensão de oferecer uma solução mágica e universal. O objetivo principal deste trabalho é ressaltar a importância do professor enquanto condutor do processo de ensino-aprendizagem e seu potencial de transformação e melhoramento do sistema a partir de uma revolução indutiva e molecular (realizada individualmente por cada um dos professores dentro das próprias instituições, no seu âmbito de influência: a sala de aula).

A proposta de revisitação da figura do professor será feita a partir de uma adaptação dos postulados de Gramsci da militância marxista para o sistema educacional jurídico, de forma a situar aquele profissional da educação como líder da revolução processual e autêntico intelectual orgânico. Com efeito, por ser a perspectiva desse autor reformista, institucional, gradual, processual, torna-se mais palatável sua acepção, haja vista a cautela com que deve ser encarado o termo "revolução", indicativo de ruptura absoluta com a ordem vigente à qual de alguma maneira encontramo-nos todos relacionados e dependentes (ARRUDA JR, 1997).

Sob essa égide, a solução da crise não passa pela abolição completa do sistema e sua consequente substituição, mas sim por uma revisão da postura do professor a partir de conceitos gramscianos, de forma a desenhar algumas propostas de mudança sem que sejam abolidas de plano e de todo, entretanto, práticas tradicionais de ensino.

2 Inserção do marco teórico no panorama da crise no ensino jurídico

Dentro da visão esquemática apresentada por Rodrigues (2005) e citada na Introdução, a crise "didático-pedagógica" é uma das vertentes da "crise operacional", ao lado da crise administrativa e curricular. Na área pedagógica, o autor aponta que o ensino do Direito apresenta-se como um dos principais focos ainda existentes, na universidade brasileira, de educação tradicional, segundo o qual o prima-se pelo objeto, por modelos e pelo próprio professor. O aluno, então, seria um receptor passivo que armazena as informações acumuladas pela humanidade. Rodrigues afirma, ainda, que,

nessa concepção, a relação professor-aluno é vertical, sendo o aluno o ouvinte e o professor o mediador entre ele e o conhecimento. No ensino jurídico isso se materializaria pelo método de aula-conferência, ministrado desde a criação das faculdades de Direito.

Todavia, ao mesmo tempo que o protagonismo docente pode ser indicado como causador desse cenário, a atuação do professor enquanto condutor do processo de ensino-aprendizagem por meio da formação e orientação dos alunos pode apresentar um potencial de influência extremamente positivo. Com a função de traçar pontes entre objetos desconhecidos e o repertório cultural do aluno, o docente, de fato, ocupa lugar de destaque, devendo, portanto, assumir igual responsabilidade no processo de transformação.

Rodrigues (2002, p. 54) reconhece que a aula expositiva, desde que aberta e dialogada, permitindo uma ampla participação dos alunos e discussão dos temas abordadas talvez seja, ainda -- dentro de um projeto pedagógico tradicional, em que ainda são alocados muitos alunos por sala e uma série de conteúdos obrigatórios -- a melhor (e por vezes a única) opção na área metodológica, desde que complementada com outras atividades extraclasse.

Sem que se proponha a substituição completa das práticas pedagógicas atualmente utilizadas na sala de aula dos cursos de Direito para que não se desprezem os acumulados êxitos que essa instituição milenar – a escola – proporcionou à humanidade em matéria de desenvolvimento intelectual ao longo de sua existência, e que não se ignore o potencial de aprendizado que uma aula bem ministrada pode oferecer, a perspectiva gramsciana apresentada – reformista, institucional, gradual, processual - torna-se um caminho pertinente para nortear a postura do professor dentro de sala de aula.

Na qualidade de genuíno clássico no estudo da Sociologia do Direito, Antonio Gramsci marcou sua obra pela universalidade teórica e privilégio na crítica social, cuja riqueza e complexidade de ideias constituíram um legado de fecundos diálogos entre diferentes áreas das ciências humanas. Reconhecendo o potencial interdisciplinar desse arsenal teórico, recorre-se a sua estratégia reformista direcionada à teoria política para propor uma releitura capaz de extrair, de seus pressupostos, contribuições importantes para repensar a crise do ensino jurídico no Brasil. Por ser o Direito incompreensível

senão através do estudo da política, de sua base ideológica Gramsci é mais atual e necessário do que nunca.

Vale destacar, contudo, que essa conexão não é mera deliberação acadêmica da autora, mas já foi observada pelo próprio filósofo, o qual advertiu para a ligação entre pedagogia e política e para o problema da relação entre intelectuais e produtores, entre cultura e trabalho nos seus escritos, e declarou ser a escola o *locus* privilegiado de formação dos intelectuais (GRAMSCI, 1992, p.9). Gramsci desaprovava uma tomada do poder que não fosse precedida por mudanças de mentalidade, de forma que os agentes principais dessas transformações seriam os intelectuais e um dos instrumentos mais importantes, para a conquista da cidadania, seria a escola. Neste sentido, ele se posiciona com pleno direito na melhor tradição pedagógica.

3 Protagonismo-docente: o professor intelectual enquanto líder da reforma no ensino de Direito

Tomando por base a tipologia "intelectual orgânico" proposta por Gramsci, cumpre, inicialmente, alertar para o erro comum de compreender o termo a partir da condição intrínseca da intelectualidade. A perspectiva de Gramsci é pela identificação funcional dos intelectuais, tendo em conta que todos os homens são intelectuais, mas nem todos desempenham essa função. A alcunha se aplica, portanto, ao conjunto geral das relações sociais que mantêm, uma vez que em qualquer trabalho existe "um mínimo de atividade intelectual criadora" (GRAMSCI, 1992, p. 7).

O que diferencia o novo intelectual, nesse sentido, é a capacidade de difundir ideais e elaborar uma consciência coletiva, podendo, assim, tanto contribuir para a manutenção da ordem hegemônica, como direcionar seus esforços para reformá-la. O intelectual orgânico é mais que um especialista de algum saber, é um dirigente que reúne, acima de tudo, a capacidade de unificar o grupo social a que pertence em torno da visão de mundo que lhe é própria, visando garantir a ação coletiva coerente no sentido da transformação da realidade conforme seu projeto.

Dessa forma, pode-se diferenciar o intelectual de casta ou o orgânico - que sustente ou modifique uma concepção de mundo, respectivamente – pela análise de sua

atividade de persuasão, construção e organização (GRAMSCI, 1992, p. 8). Deslocando essa tese para o eixo pedagógico, o professor pode atuar tanto quanto um perpetuador da crise no ensino jurídico, aderindo ao pacto de mediocridade - no qual docentes fingem que ensinam enquanto alunos fingem que aprendem em aulas enfadonhas[12] – ou optar por dinamizar o ambiente da sala de aula, investindo em aperfeiçoamento didático e capacitação na exposição do conteúdo, de modo a facilitar e potencializar sua assimilação.

Na proposta do professor intelectual enquanto líder da reforma no ensino jurídico, ele deve representar a negação desse cenário de esterilidade e posicionar-se ativamente na sala de aula com atenção aos seus interlocutores, não preocupando-se apenas com as competências técnicas e teóricas, mas também com sua habilidade de dirigência e comunicação. Afinal, de nada adianta que o profissional da educação acumule uma bagagem cultural extensa e um rol de títulos acadêmicos se não souber como transmitir e compartilhar esse conhecimento adquirido. Essa relação entre titulação e competência pedagógica, quando analisada por Colaço (2006), resultou na constatação de que a primeira não significa necessariamente aquisição da segunda, e que a mera qualificação de mestre ou doutor não garante a apetência no exercício das funções do magistério. A atividade de pesquisa é muito diferente da didática, e a excelência da primeira não implica, automaticamente, no êxito na segunda.

Chama-se atenção para isso para que evite de enclausurar as informações obtidas pela inaptidão comunicativa, o que prejudica o ofício, por excelência, social e servil do professor de contribuir para o desenvolvimento dos estudantes. Quando o professor conduz sua aula sem levar em conta o grau de entendimento dos alunos e efetividade de sua comunicação ou o nível de qualidade e atratividade que sua aula exerce desvirtua o propósito essencial do ato de ensinar: a alteridade. Na definição de Gramsci (1999, p. 95-96):

> Criar uma nova cultura não significa apenas fazer individualmente descobertas "originais"; significa também, e sobretudo, difundir criticamente verdades já descobertas, "socializá-las" por assim dizer; e, portanto, transformá-las em bases de ações vitais, em elemento de

[12] Werneck (2000, p. 18) denomina esse pacto como uma pedagogia do fingimento: "trata-se de um método de representação. Na realidade há pouco trabalho e nenhum comprometimento (...) Mas, esta pedagogia é tão especial a ponto de diplomar os alunos e conseguir com facilidade a adesão de inúmeros aprendizes, cada vez mais felizes com o processo. (...) Uma ilusão em cadeia, professores pensando ter ensinado e os alunos convictos de que sabem alguma coisa".

> coordenação e de ordem intelectual e moral. O fato de que uma multidão de homens seja conduzida a pensar coerentemente e de maneira unitária a realidade presente é um fato "filosófico" bem mais importante e 'original' do que a descoberta, por parte de um 'gênio' filosófico, de uma nova verdade que permaneça como patrimônio de pequenos grupos intelectuais.

Para cumprir essa missão de intelectual orgânico e empreender e realizar a reforma intelectual e moral de que carece o ensino em direção à emancipação da cultura jurídica, são demandados dedicação e comprometimento por parte do professor. É necessário que se exija preparação para ser docente, buscando os conhecimentos e as habilidades exigidas para o desempenho desta profissão, que vão além do conhecimento da disciplina ministrada.

Nesse sentido, outro fator agravante é a comum indefinição da identidade profissional do professor de Direito, que, ao acumular essa função com outras carreiras jurídicas, acaba candidatando-se ao cargo sem um mínimo de preparação didático-pedagógica. É necessário que o professor alie ao domínio teórico da disciplina noções básicas de educação e metodologia de ensino. A docência não pode ser mera atividade complementar na renda mensal, pois a indisponibilidade de tempo traz consequências desastrosas sob o ponto de vista pedagógico (ROCHA, 2011a).

Além disso, requer-se do professor envolvimento emocional com a profissão que exerce, de forma que ele tome consciência da importância e responsabilidade da função que ocupa. O professor de Direito é capaz de utilizar a educação como instrumento eficaz para a transformação estando ele mesmo preocupado com o ensino de qualidade e consciente da essencialidade do seu papel no contexto educacional, podendo ser capaz de incentivar o corpo discente a agir de maneira diferente se estiver atento aos pequenos gestos presentes na sua atuação docente. O problema da criação de uma nova camada intelectual, portanto, consiste em elaborar criticamente a atividade intelectual que existe em cada um.

É preciso que o professor entenda que a docência é uma relação de entrega, na qual os esforços devem ser voltados em direção a terceiros, e só em função deles o êxito do processo pode ser mensurado, isto é, a partir de seu grau de aproveitamento e aprendizado. O "amor à profissão" não deve basear-se no gosto por plateia ou prestígio social, mas a satisfação deve associar-se à efetividade no compartilhamento de ideias e

no grau de sintonia entre docente e discente como parceiros na estrada do conhecimento.

Nesse contexto, é inegável o papel do aluno como criador e agente da própria formação, mas não se pode minimizar a participação fundamental que deve ter o seu mestre nesse processo, como difusor e sistematizador do conhecimento acumulado pela humanidade. Conforme Lyra Filho, "nada mais certo, convenhamos: antes e depois do debate estudantil, a função orientadora, informativa e sistematizadora exige a preleção do mestre, que é o natural moderador da participação ativa do corpo discente" (1981, p. 10).

Há que se destacar, ainda, que é indesejável, diante dessa demanda por atualização didático-pedagógica, que o professor defenda-se com uma postura de arrogância, recusando-se a aceitar críticas por acreditar ser capaz de estimular a aprendizagem ilimitadamente. Segundo Rocha (2011b, p. 196), essa arrogância é desencadeada pelo poder em sala de aula e a consequência disso é o pensamento de que se o aluno não aprende, a culpa é dele, da sua formação básica deficiente ou do seu desinteresse pela leitura e pesquisa. A autora é taxativa: "arrogância não é sinal de competência, nem competência implica em ser arrogante".

4 Combate molecular: a estratégia de reforma intrainstitucional

Protagonizar a mudança aqui defendida envolve, acima de tudo, esforços intencionais. O professor-intelectual precisa assumir esses pressupostos com imprescindível vontade de fazer diferente e consciência do seu potencial e importância. Afinal, a crise no ensino jurídico não é uma condição surgida espontaneamente, mas um resultado construído pela coletividade, e que pode ser alterado gradualmente por ações individuais.

A revolução pode e deve se dar a nível molecular, celular, ou seja, por cada professor individualmente dentro das próprias instituições. Da soma de esforços pontuais e individuais, da mudança de postura de cada professor na condução de sua sala de aula, buscando aperfeiçoar-se não apenas enquanto dominador de conteúdo, mas

no que concerne à sua capacidade de comunicação, muitas conquistas em matéria de excelência no processo de ensino-aprendizagem podem ser obtidas.

Ocorre que tal estratégia é complexa e deve ser aprofundada do particular para o geral, do interior de dado grupo à amarração de um projeto político mais amplo. Em consonância com o conceito de guerra de posição extraído de Gramsci[13], busca-se uma ampliação de espaços em direção a um projeto social com outras bases hegemônicas que não a reinante. Essa posição tem o objetivo de estabelecer uma contracultura ideológica, a nível de combate cultural à acomodação com a mediocridade que permeia as instituições de ensino do Direito (ARRUDA JR, 1997).

Com esse ideal, a sala de aula, enquanto terreno da cultura, constitui-se como *locus* privilegiado para o projeto de reforma e mudança, pois a autonomia de cátedra permite ao professor, a partir de seu voluntarismo ético, deflagrar as ações necessárias para a revitalização do ensino.

5 Perspectiva reformista: (re)construção solidifcada pelos pilares do passado

Essa tese de destacamento do papel do professor e do seu potencial de liderança no processo de revitalização do sistema está intimamente associada à ideia de valorização do passado histórico da instituição escolar, bem como à tentativa de reinterpretar seu passado cultural em benefício das atuais gerações de forma a construir um mundo novo sobre essas bases. Através do estudo histórico é possível compreender o presente e estudar alternativas para o futuro.

[13] Aproveitando a terminologia usada para definir as táticas militares adotadas pelas nações beligerantes durante a Primeira Guerra Mundial, Gramsci desenvolveu a comparação entre a guerra de movimento e a guerra de posições, para concluir pela necessidade de aplicação desta última como a estratégia eficaz na luta revolucionária. A guerra de movimento funcionaria como a artilharia de campo na manobra militar fulminante, a abrir passagem na defesa das tropas inimigas, após o que, tendo desbaratado o inimigo e feito, com tal movimento surpresa, que perdesse a fé em suas próprias forças, era preciso organizar rapidamente os quadros para o ataque definitivo, criando a necessária concentração ideológica em torno do objetivo a ser alcançado. Como tal movimento exigia uma ação rápida e fulminante e um quadro de militantes altamente disciplinados e preparados, em tão pouco tempo, para a obtenção de uma vitória espetacular, Gramsci considerou esta tática como carregada de "um verdadeiro misticismo histórico, da expectativa de uma espécie de fulguração milagrosa" (2000, p. 71). Seria necessária, de outra feita, uma guerra de posição, entendida como uma estratégia revolucionária de longo curso, que exigiria a construção de uma nova hegemonia por intermédio de um processo permanente de lutas e disputa de ideias.

No mesmo sentido aponta Arruda Jr (1997), ao afirmar que o passado pode ser constantemente retomado e reinterpretado no processo de crítica das relações sociais do presente, de maneira a obter uma compreensão de múltiplas perspectivas que proporcionem uma visão abrangente da realidade. Resgatar o passado cultural, portanto, é necessário para a obtenção de conquistas e melhorias no ensino jurídico.

Segundo o mesmo autor, aplicar a vontade à criação de um novo equilíbrio das forças realmente existentes e atuantes, baseando-se numa determinada força que se considera progressista e fortalecendo-a para levá-la ao triunfo, é sempre mover-se no terreno da realidade fatual, mas para dominá-la e superá-la (1997).

Por conta disso, ainda que o professor-intelectual em ação seja um criador, um suscitador, ele não cria do nada, nem se move no vazio dos seus sonhos. Baseia-se na realidade factual, construída a partir de séculos de práticas educacionais consolidadas e que permitiram à humanidade caminhar em termos de conhecimento e desenvolvimento.

Essa consciência não retira a força da proposta em termos revolucionários. Afinal, partir desse arsenal consolidado, aliando-se à ideia de voluntarismo ético da mudança de postura do professor-intelectual, vislumbra-se a possibilidade de uma reforma institucional concreta e palpável do ensino jurídico. Sem desprezar práticas comprovadamente exitosas, incorporam-se novas posturas que se adequem às demandas e carências do universo jurídico. Fazer uma revolução e depois construir tudo, eliminando todas as reminiscências da estrutura anterior, é incorrer no risco de criar uma burocracia sem capacidade de pensamento.

6 O educador ideal

Como repetidamente enfatizado acima, o bom professor precisa deter boa cultura acadêmica, preparação pedagógica, didática e metodológica, transmitindo com segurança e eloquência as informações em sala de aula, a fim de conduzir com eficiência o processo de ensino-aprendizagem e minimizar a crise vivenciada no âmbito jurídico.

Todavia, a excelência do educador, além desses pressupostos básicos, passa pela observância e real compreensão do que consiste o ato de educar, entendido por Cury

como uma viagem no mundo do outro sem nunca penetrar nele, na qual utiliza-se o pensamento para transformação (2007).

Essa definição dá conta da dimensão essencialmente dúplice do processo de ensino-aprendizagem, que envolve necessariamente a figura do professor enquanto facilitador e construtor de pontes com o desconhecido, e o aluno, ponto último do sistema para o qual todos os esforços devem ser dirigidos, e em função de quem sucessos e fracassos são mensurados, na medida de seu aprendizado. Essa sensibilidade é condição indispensável, em função da qual o professor deve conseguir esvaziar-se e minimizar-se, sem diminuir sua responsabilidade por conduzir o processo e ministrar o conteúdo de forma clara e compreensível.

Nesse contexto, Perrenoud propõe um inventário não estanque de competências, um guia referencial para a atividade docente, entendendo referencial como "instrumento para pensar a prática" (2000, p. 15) e a noção de competência como a "capacidade de mobilizar diversos recursos cognitivos para enfrentar um tipo de situação" (2000, p. 25). São elas: organizar e dirigir situações de aprendizagem; administrar a progressão de aprendizagem; conceber e fazer evoluir os dispositivos de diferenciação; envolver os alunos em suas aprendizagens e seu trabalho; trabalhar em equipe; participar da administração da escola; informar e envolver os pais; utilizar novas tecnologias; enfrentar os deveres e os dilemas éticos da profissão e administrar sua própria formação contínua.

Essas competências, certamente, se incorporadas pelos professores, na prática serão permeadas pela subjetividade de cada educador, a depender do caminho e estratégia que adotarem dentro de sala de aula. É nesse sentido que Ventura (2007, p. 287) concebe a noção de método como o pleno emprego das qualidades do sujeito, o que requer, para a autora: "iniciativa, invenção, arte; é uma práxis fenomênica, subjetiva, concreta, que necessita de um paradigma teórico; mas que pode regenerar este paradigma". Ao mesmo tempo relembra que essas opções devem decorrer de escolhas conscientes, pois em grande medida a atitude do aluno está relacionada à consciência metodológica de professor. É preciso que o docente tenha claro, a cada encontro, qual etapa está realizando. A autora elenca, então, algumas técnicas que facilitam a programação de objetivos:

Quadro 1 – Técnicas para programação da classe

Construir um enfoque para a aula
- Para que tipo de alunos? - Com quais objetivos – para desenvolver, em particular, que competências? - Com que representações globais do projeto a realizar, do objeto a tratar, da situação a resolver? - De acordo com quais sequências? Com que articulações entre elas? - Com quais conteúdos disciplinares? Quais as interações entre eles?
- Com que pessoas e recursos? - De acordo com qual programação? Dentro de quais prazos? Investindo quantas horas de curso? - Almejando qual eventual produção? - Com que modalidades de avaliação?

Fonte: Ventura, 2007, p. 288.

Essa postura ativa e consciente sugerida ao professor vai ao encontro da descrição gramsciana do novo intelectual:

> O modo de ser do novo intelectual não pode mais consistir na eloquência, motor exterior e momentâneo dos afetos e das paixões, mas num imiscuir-se ativamente na vida prática, como construtor; organizador, "persuasor permanente", já que não apenas orador puro – e superior; todavia, ao espírito matemático abstrato; da técnica – trabalho revela-se a técnica ciência a concepção humanística histórica sem a qual se permanece especialista e não se chega a dirigente (GRAMSCI, p. 8).

Com efeito, enquanto intelectual e líder o professor figura como agente de transformação. Por meio do ato de educar são formados os futuros operadores do Direito, que ocuparão as mais diversas funções no mercado de trabalho e nos poderes da República – responsabilidade que dimensiona a importância do trabalho docente e o potencial construtivo que sua boa atuação é capaz de produzir.

7 Considerações finais

A proposta de releitura do papel desempenhado pelo professor no cenário do ensino jurídico - bem como seu reposicionamento para a posição de destaque enquanto líder da reforma no sistema no sentido da minimização da propagada crise vivenciada nesse contexto - inspirada em conceitos gramscianos, é a tentativa de esboçar algumas

hipóteses para a solução desse quadro de inadequação por dentro dele próprio. Evitando recursos pretensamente mágicos e externos, aposta-se no potencial do docente dentro de sua própria classe como agente de transformação e combatente na guerra de posição contra a mediocridade do ensino de Direito.

Procurou-se, partindo de um autor matricial na Sociologia do Direito, atualizar o debate na direção da ampliação de horizontes intelectuais indispensáveis para a redefinição de campos culturais norteadores das ações políticas práticas a partir de uma interpretação extensiva do mesmo. Afinal, "as apropriações políticas dos clássicos possibilitam usos e abusos caracterizadores de sua ambiguidade dos mesmos" (ARRUDA JR, 1997), sendo a intenção de ressuscitar Gramsci na temática educacional um esforço na tentativa de flexibilizar alguns referenciais teóricos que têm orientado a pedagogia jurídica. Esse autor é um ponto de referência fundamental para todas as forças empenhadas na luta pela construção de uma nova sociedade.

Sob essa perspectiva, a mudança se dá sobre três eixos fundamentais: a) protagonismo docente; b) reforma molecular e c) valorização do passado. Quanto ao primeiro ponto, entendendo o professor como responsável por estimular o raciocínio e a criatividade associados à preocupação de inserir e conectar os conteúdos ensinados com as situações práticas com as quais seus alunos se confrontarão, essa atribuição de responsabilidades acompanha, necessariamente, a exigência de constante aperfeiçoamento, profissionalização e investimentos em formação.

Quanto à reforma molecular, empreendida por esforços individuais irradiados de cada sala de aula, soa como a melhor alternativa para a superação da crise no ensino sem que com esse nobre propósito seja perdida toda a bagagem de práticas comprovadamente exitosas e consolidadas de ensino por mero ímpeto de mudança.

Por fim, a transformação engendrada individualmente pelo professor-intelectual vai ao encontro da ideia de que essa (re)construção pode ser solidificada pelas práticas do passado. É necessário combater o imanentismo e o determinismo de acreditar que o atual sistema está fadado ao insucesso na formação de bacharéis críticos e cidadãos conscientes do seu papel na sociedade, aptos a entender o contexto mutacional e complexo no qual vão operar, e repensar o problema da perspectiva dos profissionais que conduzem o processo. Afinal, serão inúteis os esforços utópicos de ruptura e substituição da atual lógica de ensino se elas continuarem

lideradas por profissionais mal preparados, que ignorem a dimensão do ato de educar - e sua natureza por excelência dúplice e de doação - e negligenciem suas responsabilidades enquanto figuras-chave na sala de aula.

É possível, sim, mudar sem destruir, afastando-se de um ingênuo culto à novidade que aposta na completa ruptura como única alternativa para solução da crise. Sem abrir mão de uma postura questionadora e crítica, pode-se dar um passo frente à mediocridade no ensino. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores de grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. Afinal, o elemento mais nocivo do sistema não são suas práticas expositivas, mas quem as expõe.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Luciano. **O estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil** [Brasília]: [Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários], [1996]. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriepesq04.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2016.

ARRUDA JR, Edmundo Lima de. **Direito Moderno e Mudança Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Bachareis em Direito e crise de mercado de trabalho: algumas reflexões. **Sequência**, **UFSC**, n. 6, p. 29-40, dez. 1982.

COLAÇO, Thais Luzia (Org.) **Aprendendo a ensinar direito o Direito.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

DANTAS, San Tiago. A Educação Jurídica e a crise brasileira. **Cadernos FGV Direito Rio**, n. 3, p. 9-38, 2009. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10400/Cadernos%20FGV%20Direit o%20Rio%20-%20Vol.%203.pdf?sequence=1>. Acesso em 14 de novembro de 2016.

FALCÃO, Joaquim de. **Os advogados**: ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Editora Massangana, 1984.

FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, nov. 1986, p. 45-68. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDUQjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frccs%2Fincludes%2Fdownload.php%

3Fid%3D299& ei=UtiUU8CPCcrmsASr- YDAAw&usg=AFQjCNHaVPIUlEoY-Bsu9sJF7JBDYFivcg&sig2=mYrE3KdKBbKNz ptYysjWEg&bvm=bv.68445247,d.cWc>. Acesso em 05 de junho de 2014.

FILHO, Roberto Lyra. **O Direito que se Ensina Errado**: sobre a reforma do ensino jurídico. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB, 1980.

GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982.

_____. **Cadernos do cárcere.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999.

_____. **Cadernos do cárcere.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000.

_____. **La alternativa pedagogica.** 19ª ed. Barcelona: Fontamara, 1981.

LYRA, Filho. **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Obreira, 1981.

PERRENOUD, Philippe. **10 Novas Competências para Ensinar.** Porto Alegre: Artmed, 2000.

ROCHA, Adriana de Lacerda. **O professor reflexivo e o professor de direito:** uma pesquisa de caráter etnográfico nos cursos de direito da Grande Florianópolis. 2011a. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito, UFSC, Florianópolis, 2011a.

_____. **Algumas ponderações sobre o professor de direito e o professor reflexivo**. Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Volume II. Educação Jurídica. Florianópolis, Editora FUNJAB/UFSC, 2011b.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o Ensino do Direito no século XXI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Ensino jurídico**: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988.
SANTOS, André Luiz Lopes. **Ensino jurídico**: uma abordagem politico-educacional. Campinas: Edicamp, 2002.

SANTOS, Roberto Vatan dos. **Abordagens do processo de ensino-aprendizagem.** *Integração*, a. XI, n. 40, p. 19-31, jan.-maio 2005. Disponível em: ftp://www.usjt.br/pub/revint/19_40.pdf

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VENTURA, Deisy de Lima. Do direito ao método e do método ao direito in CERQUEIRA, Daniel Torres de, FRAGALE FILHO, Roberto (Orgs.). **O ensino jurídico em debate**; o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millennium, 2007. p. 257-292.

WERNECK, Hamilton. **Se você finge que ensina, eu finjo que aprendo.** 19ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ACADEMIA





RESUMO INFORMATIVO DE MONOGRAFIA

ICMS ECOLÓGICO: PARA UM PAÍS MAIS VERDE

João José Leitão Filho[*]
Luana Tomaz Da Rocha Martins[*]
Lucas André Picolli[*]
Prof. Resp. Marconi Dos Santos Fonseca[*]

Resumo. O presente artigo versa sobre ICMS Ecológico. Ao discorrer sobre a temática, pretende-se avaliar os benefícios decorrentes do ICMS Ecológico. Além disso, serão analisados a Constituição Federal, as Leis Ordinárias e quais os meios que asseguram a resolução dos problemas relacionados à degradação do meio ambiente. Evidencia-se a importância do ICMS Ecológico como uma grande ferramenta para que se possa incentivar toda a população, a proteger o meio ambiente. Pretende-se explicitar que o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços Ecológicos gera benefícios, novos investimentos e uma melhoria para a coletividade tanto na esfera do bem estar social quanto no individual.

Palavras-chave: ICMS Ecológico. Constituição Federal. Meio Ambiente.

Abstract. This monography is about Ecologic TCMS. To discuss the issue, intend to evaluate benefits stemming from Ecologic TCMS. Furthermorewill be analyzed the Federal Constitution, the Laws Ordinary and the means that that assure the resolution of the problems related to degradation of the environment. It is evident the importance of Ecologic TCMS as a great tool so it can encourage the whole population at protecting the environment. It is intended to explain that Tax on Circulation of Merchandise and Services Ecological generates benefits, new investment and an improvement to the community both in the sphere of social welfare as the individual.

Keyword: Ecologic TCMS. Federal Constitution. Environment.

[*]Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá – CEUT.
[*]Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá-CEUT.
[*]Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá.
[*]Advogado; Professor do curso de Bacharelado em Direito; Esp. em direito público e direito privado pela Escola Superior da Magistratura do Piauí/UFPI.

1 Introdução

Notoriamente os níveis de poluição chegaram a um patamar alarmante. A comunidade internacional vem se reunindo por meio de convenções para que discutem não só as consequências trazidas pelo desenvolvimento econômico predatório, que se destaca a emissão de gases poluentes das chaminés localizadas nas fábricas dos grandes centros, a intenção é frear a degradação do meio ambiente de forma imediata.

A preocupação com o meio ambiente não está tão somente no cenário internacional, mas como no cenário nacional. O governo brasileiro através de tributos como o ICMS Ecológico, o qual é repassado para os municípios na medida em que os mesmo forem incorporando projetos voltados para a preservação e manutenção do meio ambiente. Sendo assim, quanto mais investimento na proteção ambiental, maior será o repasse para o município.

A partir daí, tem-se a problemática central deste trabalho: O que falta para que os municípios recebam este incentivo? Falta de uma legislação especifica ou mesmo de interesse das prefeituras?

O objetivo geral do presente estudo é analisar os motivos que levam as prefeituras a não incentivarem as empresas locais e os habitantes do seu município no que tange a preservação do meio ambiente. E demonstrar como o ente irá se beneficiar incentivando a preservação ambiental para que tenha direito ao ICMS Ecológico.

O processo abordado para este questionamento central foi o bibliográfico, com aspectos jurisprudenciais e doutrinários acerca do estudo em demonstração. Também é utilizado o método dedutivo, partindo assim de argumentos gerais para específicos, quanto aos de procedimento será histórico.

Neste sentido, o presente artigo segue com uma estrutura que irá demonstrar desde o início da poluição produzida pela humidade, passear pelas Convenções internacionais que tratam sobre o meio ambiente e finalizando com a criação da Política Nacional do Meio Ambiente.

Além da Política Nacional do Meio Ambiente, será abordado a Constituição Federal de 1988. E por fim será tratada toda a questão sobre o ICMS Ecológico ou ICMS

Verde demonstrando seu conceito, seu valor de repasse e de sua repartição. Como também a sua incidência no Estado do Piauí.

O trabalho é composto ainda por um momento conclusivo em que serão observados aspectos importantes e elucidativos da problemática.

2 Evolução Histórica

As transformações no mundo jurídico são inevitáveis, pois estas surgem da evolução tanto no pensamento quanto no comportamento da sociedade. Sendo assim, desde Revolução Industrial até a era moderna, a estrutura do Estado vem sendo modificada. Estas modificações buscaram um olhar especial voltadas para o meio ambiente, onde surgiram conferencias e encontros mundiais para tratar do desenvolvimento sustentável.

Antes de relatar todo o contexto que levou à sociedade atual à devida preocupação com todo o meio ambiente deve-se analisar quando todo o mal que aflige o ecossistema terrestre surgiu, estamos falando da Revolução Industrial.

3 Revolução Industrial

De acordo com o Só história, a Revolução Industrial foi um conjunto de mudanças que ocorreu na Europa, mais precisamente na Inglaterra, entre os séculos XVIII e XIX. Tendo como sua principal mudança a migração do trabalho artesanal para o trabalho executado por máquinas.

Entretanto, não só essas foram às mudanças que ocorram na época. Uma das principais mudanças foi o surgimento do capitalismo como sistema econômico, como preconiza o site “revolução industrial”.

À mudança desse novo sistema fez com que um estado liberal surgisse dentre os conservacionistas. O motivo estava, de acordo com o site “revolução industrial”, que com o surgimento de maquinas a vapor e consequentemente com a agilidade na prestação de

serviços, gerando assim, mais dinheiro para os proprietários. Outra grande mudança foi o surgimento do estado liberal, que será tratado mais profundamente em tópico próprio, tal estado não interfere muito na vida da sua população.

Grandes consequências que refletem até os dias atuais são elencadas com a advinda revolução, segundo Chaves (2005):

> Duas consequências se destacam: 1) diminuiu a oferta de trabalhadores na indústria doméstica rural, no momento em que o mercado ganhava impulso, tornando-se indispensável adotar nova forma de produção capaz de satisfazê-lo; 2) a proletarização abriu espaço para o investimento de capital na agricultura, do que resultaram a especialização da produção, o avanço técnico e o crescimento da produtividade de produtos agrícolas mais voltados a atender ao consumismo crescente. Quando possível, pois a Revolução Industrial se, por um lado, trouxe avanços técnicos na produção de bens cada vez mais sofisticados, por outro tornou cada vez mais difícil a vida cotidiana de pessoas que viviam do próprio trabalho, seja no campo, seja nas cidades. Difícil consumir os bens onerosos gerados pela indústria se a situação existencial (aquisição de alimentos, providência de moradia, tratamento médico, educação...) vem se tornando cada vez mais difícil.

Outra consequência a ser observada é o início da sindicalização, menciona Kerdna que, como os trabalhadores passaram a perceber que estavam sendo massivamente abusados pelos proprietários das fabricas, estes passaram a se reunir, para reivindicar seus direitos perante aos seus chefes.

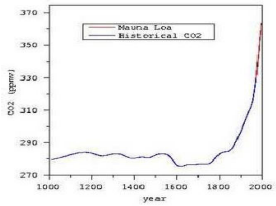
E por último, deve-se abordar uma das más consequências obtidas com a revolução industrial, que foi o impacto que o meio ambiente sofreu com esta revolução. De acordo com o portal pensamento verde os impactos seriam:

> Os resultados tanto do desenvolvimento econômico desenfreado quanto da ascensão do consumo já estão visíveis em centenas de estudos realizados ao redor do planeta: a degradação do meio ambiente é crescente e acelerada, com consequências já visíveis e previsões de cenários ambientalmente catastróficos futuramente, caso nenhuma mudança drástica aconteça.
>
> Existem impactos ainda mais diretos. As indústrias contemporâneas são apontadas no grupo dos principais agentes poluidores, contaminando o ar com a fumaça que provém de suas atividades. Estas emissões aumentam a concentração de CO2 na atmosfera, contribuindo para o aquecimento global.
>
> Ao longo dos últimos 30 anos, várias conferências entre países industrializados foram organizadas na tentativa de encontrar soluções mais adequadas para um desenvolvimento industrial sustentável, com exploração de recursos naturais feitos de modo controlado e planejado. Embora existam avanços como as regulações e leis que limitam as

> emissões de poluentes por parte das indústrias, é um grande desafio manter o equilíbrio entre a produção e a conservação ambiental em uma sociedade altamente consumista e praticamente dependente das atividades industriais. (EVOLUÇÃO INDÚSTRIAL, 2005)

Para que não se passa despercebido os fatos citados acima pelo grande portal acima, um gráfico elaborado pelo escritor Katy:

Gráfico 1 – Impactos gerados pela Revolução Industrial ao meio ambiente



Fonte: www.scribd.com/katy

Tendo essas informações em mãos, pode concluir que a Revolução Industrial não foi só um marco que ensinou a população a fazer coisas mais rápidas, mas também, condenou todo um planeta à morte com as emissões de poluentes advindas das fabricas.

Poluição esta que passou a preocupar as maiores nações do mundo. Preocupação esta que resultou nas conferências e encontros com os líderes de diversos países no intuito de amenizar ao máximo a poluição mundial através de tratados e protocolos firmados nesses encontros.

4 Conferência de Estocolmo – 1972

Em 1972 em Estocolmo, aproximadamente 133 países, 250 organizações-não governamentais e organismos da Organização das Nações Unidas se reuniram nessa conferência.

> Essa Conferência chamou a atenção das nações para o fato de que a ação humana estava causando séria degradação da natureza e criando

> severos riscos para o bem estar e para a própria sobrevivência da humanidade. Foi marcada por uma visão antropocêntrica de mundo, em que o homem era tido como o centro de toda a atividade realizada no planeta, desconsiderando o fato de a espécie humana ser parte da grande cadeia ecológica que rege a vida na Terra. (FELDMAN, 1997, p.14)

Encontro que resultou na declaração de princípios de comportamento e responsabilidade que deveriam governar as decisões concernentes a questões ambientais. Outro ponto importante conquistado foi o Plano de Ação, o qual convocava todos os países a se ajudarem mutuamente na busca de soluções para uma série de problemas ambientais.

5 Conferência Do Rio De Janeiro – 1992 (Eco-92//Rio-92)

Passando 20 anos da Conferência de Estocolmo no ano de 1972, em 1992 os países voltam a se reunir em outra Conferência. Encontro foi feito por conta de uma resolução que determinou que até 1992 houvesse uma nova conferência sobre o meio ambiente para avaliar a proteção ambiental desde a última convenção, dessa vez no Rio de Janeiro, contando com a participação de aproximadamente de 172 países com a presença de 116 chefes de estado.

> Dentre os objetivos principais dessa conferência, destacaram-se os seguintes: examinar a situação ambiental mundial desde 1972 e suas relações com o estilo de desenvolvimento vigente; estabelecer mecanismos de transferência de tecnologias não poluentes aos países subdesenvolvidos; examinar estratégias nacionais e internacionais para incorporação de critérios ambientais ao processo de desenvolvimento; estabelecer um sistema de cooperação internacional para prever ameaças ambientais e prestar socorro em casos emergenciais; reavaliar o sistema de organismos da ONU, eventualmente criando novas instituições para implementar as decisões da conferência. (FELDMAN, 1997)

Igualmente a Convenção anterior, a Convenção do Rio trouxe resultados importantes com a assinatura da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinatura de duas outras convenções uma que tratava sobre a Biodiversidade e a outra sobre a Mudança Climática. Teve a assinatura também do Princípio para a Administração Sustentável das Florestas e da Agenda 21.

6 Agenda 21

Diferentemente dos outros, Agenda 21 não é uma Convenção, mas é um dos documentos principais formulado na Convenção do Rio de Janeiro pois foi ele que estabeleceu a importância de cada país refletir global e localmente, sobre soluções para os problemas socioambientais.

> A Agenda 21 é um abrangente plano de ação a ser implementadas pelos governos, agências de desenvolvimento, organizações das Nações Unidas e grupos setoriais independentes em cada área onde a atividade humana afeta o meio ambiente. A execução deste programa deverá levar em conta as diferentes situações e condições dos países e regiões e a plena observância de todos os princípios contidos na Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Trata-se de uma pauta de ações a longo prazo, estabelecendo os temas, projetos, objetivos, metas, planos e mecanismos de execução para diferentes temas da Conferência. Esse programa contém 4 seções, 40 capítulos, 115 programas, e aproximadamente 2.500 ações a serem implementadas. (FELDMAN, 1997)

As quatro seções se subdividem em capítulos temáticos que contêm um conjunto de áreas e programas. As quatros seções abrangem os seguintes temas: 1. Dimensões econômicas e sociais; 2. Conservação e administração de recursos; 3. Fortalecimento dos grupos sociais; 4. Meios de Implementação.

7 Protocolo De Kyoto 1997

Em 1997 mais uma vez os países se reúnem, no Japão, mais precisamente na cidade de Kyoto, para discutir sobre o meio ambiente, mas o foco dessa vez está na emissão de gases poluente na atmosfera. Dessa vez participação foi de 84 países os quais

todos assinaram e aderiram ao protocolo, porém posteriormente em meados de 2001 os Estados Unidos desligou-se do protocolo alegando-se que o mesmo iria comprometer o desenvolvimento do país.

> O Protocolo de Kyoto não apenas discute e implanta medidas de redução de gases, mas também incentiva e estabelece medidas com intuito de substituir produtos oriundos do petróleo por outros que provocam menos impacto (FREITAS, 2015)

As metas para a redução dos gases-estufas não são homogêneas em um primeiro momento o proposto era de algo em torno de 5,2% de entre os anos de 2008 a 2012. Porém para os 38 países que mais poluem, os níveis de redução são diferenciados segundo o protocolo, aos países que compõe a União Europeia em 8%, Estados Unidos 7% e o Japão 6%. Países em desenvolvimento como Brasil, México, Argentina, Índia e a China por momento não possuem metas de redução.

8 O meio ambiente na Constituição Federal de 1988

O meio ambiente é um tema bastante tratado desde o ensino nas escolas como até em conferências mundiais, pois os problemas ambientais que acontecem no mundo é pauta de importantes discussões, porém o seu conceito que é repassado pela mídia deixa subtendido que meio ambiente só se considere o plano natural, físico deste e esquecem o plano político.

Em discussões doutrinárias, o uso do termo meio ambiente não é adequado, pois é uma expressão redundante por ser composta por duas palavras com conceito similar. Assim afirma Vladimir Passos de Freitas (2001, p.17):

> A expressão meio ambiente, adotada no Brasil, é criticada pelos estudiosos, porque meio e ambiente, no sentido enfocado, significam a mesma coisa. Logo, tal emprego importaria em redundância. Na Itália e em Portugal usa-se, apenas, a palavra ambiente.

Por conta de vários outros países adotarem expressões similares, a legislação brasileira também o adotou, que está conceituada na Política Nacional do Meio Ambiente em seu art. 3º da Lei 6.938/81: "meio ambiente, o conjunto de condições, leis,

influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas." Que segundo Machado (2006) "a referida lei definiu o meio ambiente da forma mais ampla possível, fazendo com que este se estendesse à natureza como um todo de um modo interativo e integrativo".

Já em 1972 na Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo, o meio ambiente ficou definido como: "o conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos ou indiretos, em um prazo curto ou longo,

sobre os seres vivos e as atividades humanas." Este conceito conseguiu abranger todos os seus componentes de forma simples e ampla.

Pensando na facilidade de identificar os problemas relacionados ao meio ambiente e também para se entender melhor o que é o meio ambiente, costuma-se dividir o meio ambiente em quatro tipos: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente cultural.

Para Farias (2005):

> O meio ambiente natural ou físico é constituído pelos recursos naturais, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna, e pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais. Esse é o aspecto imediatamente ressaltado pelo citado inciso I do art. 3º da Lei nº. 6938, de 31 de agosto de 1981.
> O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja mais relacionado ao conceito de cidade o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis, visto que nele os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais.
> O meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico e constitui-se tanto de bens de natureza material, a exemplo dos lugares, objetos e documentos de importância para a cultura, quanto imaterial, a exemplo dos idiomas, das danças, dos cultos religiosos e dos costumes de uma maneira geral. Embora comumente possa ser enquadrada como artificial, a classificação como meio ambiente cultural ocorre devido ao valor especial que adquiriu.
> O meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos, a relação entre trabalhador e meio

> físico. O cerne desse conceito está baseado na promoção da salubridade e da incolumidade física e psicológica do trabalhador, independente de atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça.

Vale ressaltar que o Meio ambiente do trabalho, está previsto no art. 200, VIII, da Constituição Federal de 1988, ou seja, "o conjunto de fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho da pessoa" (FARIAS, 2005)

Com base nisso, percebe-se como é amplo e vasto o conceito que temos sobre o meio ambiente e que todos eles se complementam e abordam o tema de forma diferente

fazendo com que a sociedade busque formar o seu próprio conceito sobre esta expressão.

É de suma importância entender qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a conceituação de meio ambiente e quais as características no que tange sobre sua classificação jurisprudencial, assim sendo, cita-se a decisão sobre o tema proferida pelo Min. Relator Celso de Mello:

> O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (**MS 22.164**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 30-10-1995, Plenário, ***DJ*** de17-11-1995.) (BRASIL, 1995)

Percebe-se, pelo voto do Excelentíssimo Ministro da mais alta corte deste país, que o direito ao meio ambiente não só abrange a qualidade de vida em si, mas se relaciona com princípios da igualdade e dos direitos de terceira geração, tornando à

base para a concretização do reconhecimento dos direitos humanos, pois sem um meio ambiente equilibrado e respeitado perante a lei, não há como se falar em qualidade de vida dos habitantes, não só desse país como de toda população mundial.

Com base nisso, percebe-se como é amplo e vasto o conceito que temos sobre o meio ambiente e que todos eles se complementam e abordam o tema de forma diferente fazendo com que a sociedade busque formar o seu próprio conceito sobre esta expressão.

Mas, não basta ter uma vasta gama de doutrinadores conceituando meio ambiente, nem menos uma alta corte que o defina se não há Constituição Federal que o defenda, esta que não só obriga a união e seus entes a defender o meio ambiente, mas também, toda a sua nação:

> Art. 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:
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> 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.
> § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

> administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
> § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
> § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
> § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. (BRASIL, 1988)

Percebe-se que no caput deste artigo, a Magna Carta dá poderes a todos para que façam uso das armas legais para que possa combater todo o tipo de degradação ambiental que possa ter no território brasileiro.

Além da intervenção estatal obrigatória. A população em geral também tem o dever de vigia. Para isto ela detém de três mecanismos para exercer sua atuação direta na proteção do meio ambiente.

Segundo Silva (2013) a participação da população pode ser dar através da criação de processos no direito ambiental amparado no art. 61, caput e §2º da Constituição Federal, onde diz:

> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
> § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Além das armas dadas pelo artigo 61 da Constituição Federal, a população pode realizar referendos sobre leis e atuar nos órgãos com poderes deliberativos e de poderes normativos. (SILVA, 2013)

A segunda alternativa que a nação poderá se utilizar de acordo com Silva (2013) é:

> A sociedade pode atuar diretamente na defesa do meio ambiente participando na formulação e na execução de políticas ambientais, por intermédio da atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da execução de políticas públicas. Exemplo disso é a discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas (art. 11, § 2º, da Resolução 001/86 do Conama).

Além de atuar na forma direta através de formulações políticas, a sociedade pode se utilizar do judiciário, neste plano impetrara ações onde se perceba a degradação do meio ambiente e que se faça necessária o uso da espada de Artemis e de sua balança.

9 Política Nacional do Meio Ambiente

Com a o advento da Lei nº 6.938/81 que traz consigo a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) que institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), sua

finalidade, mecanismos de aplicação e formação. A referida lei é a mais importante norma, depois da Constituição Federal, que versa sobre o meio ambiente, pois é nela que se encontra toda a sistemática necessária para a aplicação da política ambiental (conceitos básicos, objeto, princípios, objetivos, diretrizes, instrumentos, órgãos, responsabilidade objetiva etc.).

No artigo 3º, inciso I da Lei nº 6.938/81, traz em seu texto o conceito de meio ambiente, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Para um entendimento melhor sobre a lei em estudo, Luís Paulo Sirvinskas, a lei em questão definiu conceitos básicos como o de meio ambiente, de degradação e de poluição e determinou os objetivos, diretrizes e instrumentos, além de ter adotado a teoria da responsabilidade (2005, p.59).

Lustosa, Canépa e Young (2003, p.135) afirmam o seguinte sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

> O conjunto de metas e mecanismos que visam reduzir os impactos negativos da ação antrópica – aqueles resultantes da ação humana – sobre o meio ambiente. Como toda política, possui justificativa para sua existência, fundamentação teórica, metas e instrumentos, e prevê penalidades para aqueles que não cumprem as normas estabelecidas.

> Interfere nas atividades dos agentes econômicos e, portanto, a maneira pela qual é estabelecida influencia as demais políticas públicas, inclusive as políticas industriais e de comércio exterior.

Por fim, tem-se um entendimento sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que trata das diretrizes, as quais têm como objetivo fazer parte das políticas públicas de meio ambiente dos entes federados, fazendo com o que as mesmas possuam uma maior eficiência nas suas finalidades.

Além da PNMA, há outras que foram sendo criada, na esfera nacional, para disciplinar a utilização de determinados recursos ambientais, quais sejam: Política Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97); Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/99); Política ou Sistema Nacional Unidade de Conservação da Natureza (Lei n. 9.985/2000); Política Nacional Urbana — Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001); Política Nacional da Biodiversidade (Decreto n. 4.339/2002); Política Nacional de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007); Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto n. 6.040/2007); Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da

Aquicultura e da Pesca (Lei n. 11.959/2009); Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n. 12.187/2009); Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010); Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei n. 12.334/2010) etc.

A Política Nacional do Meio Ambiente trouxe consigo objetivos, sendo eles gerais e específicos, os quais fossem alcançados, estando o primeiro previsto no caput do artigo 2º da Lei 9.938/81: A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propicia (sic) à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (BRASIL, 1981). Para Sirvinskas (2005), tem por objetivo geral a harmonização entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, ou seja, um desenvolvimento sustentável. A compatibilização entre os dois pólos, onde de um lado esteja devidamente o meio ambiente protegido e do outro, mesmo com essa proteção, tenha a garantia de desenvolvimento socioeconômico garantindo assim o avanço industrial aos interesses da segurança nacional e à proteção a dignidade da pessoa humana

Esse desenvolvimento sustentável só poderá ser alcançado caso sejam cumpridos todos os objetivos específicos arrolados no art.4º dessa lei, quais sejam:

> Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
> I — a compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (v. arts. 225, caput, e 170, VI, da CF);
> II — a definição de áreas prioritárias da ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 225, § 1º, III, da CF e Lei n. 9.985, de 18-7-2000);
> III — o estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais (art. 9º, I, da Lei n. 6.938/81);
> IV — o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;
> V — a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico (art. 225, § 1º, VI, da CF e Lei n. 9.795, de 27-4-1999);
> VI — a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;
> VII — a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela
>
> utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81). (BRASIL, 1981)

Tanto objetivos gerais quanto os específicos, visam à mesma finalidade, que é o desenvolvimento sustentável como uma principal finalidade e não menos importante, mas como uma última finalidade a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Os princípios da política nacional do meio ambiente estão arrolados no art. 2º, I a X, da Lei n. 6.938/81. Segundo Sirvinskas (2005), os princípios não se confundem com os princípios doutrinários do direito ambiental, embora todos guardem coerência entre si e tenham a mesma finalidade. Trata-se dos denominados princípios legais quais sejam:

> I — princípio da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
> II — racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
> III — planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

> IV — proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
> V — controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras (v.art. 9º, II, da Lei n. 6.938/81);
> VI — incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais (v. art. 9º, V, da Lei n. 6.938/81);
> VII — acompanhamento do estado da qualidade ambiental (auditoria ambiental);
> VIII — recuperação de áreas degradadas;
> IX — proteção de áreas ameaçadas de degradação;
> X — educação ambiental em todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (art. 225, §1º, VI, da CF e Lei n. 9.795/99). (BRASIL, 1981)

Os princípios acima elencados são fundamentais, para a busca da proteção ambiental em juízo. Não só pelo juiz ou por qualquer operador de direito, mas como também pelo legislador.

Ainda sobre os princípios, SIRVINSKAS (2005), tem-se o entendimento que os princípios citados a cima, que nem todos podem sim a ser considerados princípios verdadeiros, pois em sua maioria trata-se apenas de orientações para que o governo promova as suas ações, e caso haja uma contradição entre princípios, deverá ser usado aquele que for mais favorável ao meio ambiente.

Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente estão elencados pela Lei nº 6.938/81:

> Art. 9º – São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
> I – o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;
> II – o zoneamento ambiental;
> III – a avaliação de impactos ambientais;
> IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;
> V – os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;
> VI – a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;
> VII – o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;
> VIII – o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental;

> IX – as penalidades disciplinares ou compensatórias não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.
> X – a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA;
> XI – a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;
> XII – o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais. (BRASIL, 10981)

Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente são os mecanismos utilizados pela Administração Pública ambiental, com o intuito de atingir os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente.

10 ICMS Ecológico

O Meio Ambiente nunca esteve com tanta evidencia, tanto no cenário mundial como no cenário local, diante disso, o governo brasileiro, passou a instituir tributos que possam incentivar o sua população a preservar o meio ambiente e como consequência, receber ou deixar de gastar, alguma quantia devida.

Diante desses fatos, o legislador constituinte, encontrou uma brecha dentro dos artigos que se discute sobre o ICMS, tal janela se encontra no art. 155 da Constituição Federal, mais precisamente em seu inciso II, abaixo transcrito:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (BRASIL, 1988)

Percebe-se que, a competência dada pelo legislador constituinte é que, quem deverá instituir o imposto do ICMS será o Estado e o Distrito Federal. Percebe-se o emprego do verbo deverá, ou seja, não é facultativo os entes mencionados neste artigo, especialmente para o ICMS, a instituição deste imposto.

Ou seja, cada estado da Federação tem competência legal e deverá instituir o ICMS dentro do seu território. Ensejando, como alega o artigo O ICMS Ecológico na

Constituição Brasileira, "esse é o motivo da eventual diferença de valores, por exemplo, no preço dos combustíveis quando viajamos para outro estado".

Então, percebe-se que, os estados, segundo a Constituição Federal, possui a competência para dirimir sobre o ICMS, e quem gera o fato gerador para a incidência do imposto são os municípios. Sendo assim, conclui-se que s tudo que foi arrecadado foi graças aos municípios daquele estado.

Tendo isso em mente, o legislador se debruçou na ideia de como fazer com que um município possa circular mais bens para incidir no aumento da contribuição aliado a um tema que inquieta toda a humanidade que é a preservação da natureza. Diante disso, criou-se o ICMS Ecológico.

11 Do valor do repasse

Diante desse pensamento, passa a surgir uma indagação, em como repassar esses valores para os municípios, qual é a cota parte de cada um deles. Diante desses questionamentos, deve-se invocar o artigo 158 da Constituição Federal que diz:

> Art. 158. Pertencem aos Municípios:
> I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
>
> ~~II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados;~~
> II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)
> III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;
> IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

> Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:
> I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
> II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Este artigo é bem claro no que se diz que é do município o direito de receber 25% do que se arrecada com o ICMS e indo além, este poderá receber até ¼ (um quarto) a mais caso cumpra lei estadual que prevê tal credito.

Diante disso, alguns estados começaram a destinar este ¼ para os municípios que passaram a cumprir os requisitos dados pela lei sobre o ICMS Ecológico.

12 Conceito de ICMS Ecológico

Depois de visualizar qual era a mentalidade do "criador" do ICMS Ecológico. É justo buscar um conceito sobre esta espécie de imposto. Diante disso, cita-se Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu (2005, p. 735):

> O ICMS Ecológico nasceu trazendo resultados surpreendentes, capazes de conferir nova feição a todas políticas ambientais nacionais. A política do ICMS Ecológico representa uma clara intervenção positiva do Estado, como um fator de regulação não coercitiva, pela utilização de uma forma de subsídios, tal como um incentivo fiscal intergovernamental, representando um forte instrumento econômico extrafiscal para atingir a finalidade constitucional, influenciando na ação voluntária dos municípios que buscam um aumento de receita.

Percebe-se, diante da conceituação dada pelos doutrinadores é que, diferentemente dos demais tributos, no ICMS Verde tem uma finalidade de tipo prêmio. Ou seja, ele irá ser dado a quem cumprir os requisitos exigidos pelo estado como forma de gratifica-lo pelo ato, que neste caso é de preservação ao meio ambiente.

Assim como preleciona Reis (2011, p. 77):

> Vale identificar que o ICMS Ecológico, no melhor conceito e interpretação, tem um caráter de sanção premial que, a partir da concessão de benefícios e estímulos e até mesmo de compensação financeira, proporcionará uma retribuição aos Municípios que

> contribuírem para a preservação das áreas verdes em seu território. Diante dos conceitos apresentados, observa-se a não ocorrência de divergências quanto aos resultados positivos da aplicabilidade do ICMS Ecológico.

Ressalta-se que, desde a sua criação, os resultados sempre foram positivos, tanto no aumento da arrecadação, como também no melhoramento das áreas protegidas.

13 Da repartição do ICMS Ecológico

De acordo com Reis (2011, p. 102):

> Para a repartição dos recursos provenientes da arrecadação do ICMS Ecológico, é necessário que lei estadual disponha sobre critérios e percentuais a que os municípios terão direito, de acordo com o tipo de preservação que o seu território estimule. Como o primeiro Estado a implantar esse tributo ecológico, o Paraná aumentou significativamente a preservação de suas áreas, a partir de incentivos para a manutenção de unidades de conservação ambiental (áreas de preservação ambiental, estações ecológicas, parques, faxinais, reservas florestais, florestas, hortos florestais, áreas de reservas indígenas, entre outros) ou que sejam diretamente influenciados por elas.

Em suma, cada Estado irá reger a repartição da melhor maneira que lhe convier. Porém, para tal, deverá, sempre, obedecer ao critério da proteção ambiental, ou seja, todos os requisitos para obtenção deste repasse irão ter base na proteção do meio ambiente.

14 A importância do ICMS Ecológico para os municípios

Em virtude das diversas modificações que a humanidade vem sofrendo tanto em relação a sua consciência como também no meio em que vivem. Percebe-se que homem anda mais preocupado em proteger o meio ambiente, pois com o passar do tempo, ele entendeu a tamanha importância que este tem para o mundo.

Em uma época mais antiga, o homem não tinha consciência o suficiente para entender que tudo que ele retirava do meio ambiente para o seu sustento causava perdas, por isso agrediam o meio ambiente de forma desregrada, causando danos para todos os seres do planeta.

No decorrer dos anos, observando as consequências dos seus atos, o homem adquiriu a chamava "consciência ambiental". Através desta, houve uma maior preocupação da humanidade para os desperdícios e para as atividades que degradam o ecossistema.

Como o problema, hoje, está em conciliar o crescimento populacional, que acarreta aumento na economia, com a preservação dos sistemas naturais. Busca-se um equilíbrio entre a produção industrial e proteção do meio ambiente, por meio do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável é de suma importância para todos os Estados, pois é junto com ele que se deve administrar o crescimento das cidades sem deixar de pensar nos recursos naturais de cada região. Nesse caso o desenvolvimento e a manutenção devem andar lado a lado para que não prejudique as futuras gerações com a escassez do meio natural, assim como afirma Gomes (2012), "[...] previsto no artigo 225, caput da Constituição Federal, quando constitui que o meio ambiente deve ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações." Por isso, foi resguardado esse direito pela Constituição, para que no futuro, a falta de recursos ambientais não afete as gerações.

15 O ICMS e Estado do Paraná

O estado do Paraná foi o pioneiro a conscientizar-se em relação aos problemas ambientais, e juntamente, com as dificuldades que vinha enfrentando de crescer

economicamente, buscou-se conservar a sua região e minimizar as dificuldades na economia, criando o ICMS Ecológico.

De acordo com Gomes (2012):

> Em 1992 foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Paraná a primeira lei do ICMS ecológico no Brasil, e o que até então era tido como um problema para os municípios que estavam restritos ao crescimento econômico passou a ser uma geradora de grandes receitas, um bom exemplo é o município de Piraquara no interior do Paraná que tem uma população de 93.279 habitantes5 e em 2010 chegou a receber R$ 206.416,04 de ICMS ecológico, isto porque possui mananciais responsáveis por abastecer 50% de toda água de Curitiba.

Com a aprovação da lei no Paraná, os municípios que sofriam com problemas em relação ao crescimento econômico, encontraram uma solução através do ICMS Ecológico, que passou a gerar grandes receitas, como exemplo, tem-se o município de Piraquara que abastece com 50% de agua em toda Curitiba.

Sendo assim, percebe-se que o Paraná conseguiu aliar o desenvolvimento sustentável e o desenvolvimento econômico dos seus municípios, e como deu certo no seu estado, acabou influenciando outros estados brasileiros a fazer o mesmo.

16 Dificuldades e benefícios do ICMS Ecológico

É notória a dificuldade que a sociedade enfrenta para associar o seu desenvolvimento com o meio ambiente, pois este tem que ser conservado e não pode parar o crescimento econômico. Por isso, deve criar um meio satisfatório para ambos os lados, em que a sociedade não pare de se desenvolver e o meio ambiente não seja prejudicado.

Nos termos da Constituição Federal trata sobre "um meio ambiente equilibrado", mas as poucas medidas de proteção que existe, não são tão eficazes, pois ao invés de prevenir de modo com que não ocorra a degradação do meio ambiente, primeiro esperam que prejudiquem o meio para punir. E como ficam os danos que são

difíceis de serem reparados? Para Gomes (2012) "não basta apenas punir, deve-se criar medidas que impeçam de maneira efetiva a degradação ambiental, e mais, incentivem o

aumento de regiões ambientais naturais." Por isso, a União deve incentivar os municípios a solucionarem seus problemas ambientais de forma a evitar esses desastres ecológicos.

O ICMS Ecológico foi uma forma que o estado Paraná encontrou de minimizar os prejuízos causados ao meio ambiente, pois ele incentiva seus municípios a proteger e conservar suas áreas premia os mesmo com a repartição de 5% do ICMS aos que se adequarem conforme a sua Lei Complementar nº 59, de 1º de outubro de 1991, que diz:

> Art.1º. São contemplados na presente lei, municípios que abriguem em seu território unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou aqueles com mananciais de abastecimento público.
> Art.4º. A repartição de cinco por cento (5%) do ICMS a que alude o artigo 2º da Lei Estadual nº 9491, de 21 de dezembro de 1990, será feita da seguinte maneira:
> - cinquenta por cento (50%) para municípios com mananciais de Abastecimento.
> - cinquenta por cento (50%) para municípios com unidades de conservação ambiental.
> Parágrafo único. No caso de municípios com sobreposição de áreas com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, será considerado o critério de maior compensação financeira.

Conforme a lei, somente os municípios que possuem território com unidades de conservação e mananciais de abastecimento público podem participar dessa premiação, e quanto maior a área que os municípios protegerem, maior o percentual de ICMS Ecológico será repassado a eles.

Então, tomando como base o estado do Paraná, cabe aos Estados que ainda desconhecem os benefícios que o ICMS Ecológico criarem uma legislação especifica para que seus municípios venham a receber essa bonificação, de forma que esta contribua com a preservação e conservação dos meios naturais da sua região, como também, ajudar no seu crescimento econômico.

17 Considerações finais

Este trabalho teve como objetivo investigar, analisar e compreender como o ICMS Ecológico é dirimido na legislação brasileira e se este tem um retorno efetivo aos

municípios que invistam na proteção ao meio ambiente para que tenham direito a receber este benefício. Tendo como objetivos específicos: demonstrar, em uma linha cronológica, a degradação gerada pelo homem ao meio ambiente; sintetizar os encontros internacionais que existiram e mostrar se houve efetividade nos assuntos debatidos nesses encontros; diferenciar o que é ICMS Ecológico do ICMS; aferir se há benefícios tanto no plano econômico, quanto no ambiental, para o município que invista na busca dos requisitos para obter o benefício do ICMS Ecológico.

Analisou-se os danos ambientais gerados pelo ser humano desde a Revolução Industrial, marco da emissão de poluentes no mundo, até os dias atuais. Posteriormente foram relatadas as convenções que existiram ao longo dos anos e sua real efetividade.

Observou-se como a Constituição Federal e as Leis Ordinárias abordam o meio ambiente e quais os meios que asseguram a resolução dos problemas relacionados a degradação do meio ambiente.

Notou-se a preocupação, logo na década de 90, de alguns estados quanto aos gastos que estes tinham para poderem proteger as áreas de preservação, não tendo nenhum incentivo financeiro da União para protegerem estas áreas.

Com isso, surgiu o ICMS Ecológico, onde os Estados passaram a ter direito a um benefício para proteger o meio ambiente. Incentivando a economia e a proteção do meio ambiente.

Além de oferecer possíveis soluções para as problemáticas discorridas, também poderá ter como finalidade futuros estudos para discussões a respeito do tema, já que é pouco explorado.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que, o ICMS Ecológico é uma grande ferramenta para que se possa incentivar não só os municípios, mas sim toda a sua população, a proteger o meio ambiente. E com isso passarão a receber um bônus que poderá ser utilizado na melhoria de escolas, na saúde pública ou na segurança pública, pois o ICMS é um imposto não vinculado, ou seja, será um recurso que a prefeitura terá direito e que poderá ser utilizada na melhor forma possível para o município. O município irá se beneficiar ganhando mais recurso, a população irá ganhar com novos investimentos e consequentemente com uma melhoria de vida, o planeta, como um todo também se beneficia, pois todos são afetados pela degradação do meio ambiente.

Um país que tem como incentivo o ICMS Ecológico é em suma um país mais verde. E um país que assegura isto a sua população tem, como consequência, uma representatividade muito maior aos olhos do mundo.

Referências bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**: Esquematizado. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000

_____, *Lei complementar nº 87/96. 1996. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de outubro de 1999.*

_____, ***Lei nº 6938/81***. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acessado em: 02 de outubro de 2015.

_____, ***Lei nº 5.172/66***. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acessado em: 02 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 771 - RS** *(***2011/0027372-7***)*. Agravante: município de Bento Gonçalves. Advogado: Luís Eduardo Pereira Mendes e outro (s). Agravado: Adão Emídio de Anhaia. Advogado: Marcelo Ferreira Tognon e outro (s). Relator: Ministro Hamilton Carvalhido.

CHAVES, Lázaro Curvêlo. **A revolução industrial**. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/revolucaoindustrial.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

EBC. **O que é meio ambiente***?* Disponível em: <http://www.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2014/09/o-que-e-meio-ambiente>. Acessado em 02 de outubro de 2015.

FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito jurídico de meio ambiente**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546> Acessado em: 6 out. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Comentado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Marina. **Dados do ICMS Ecológico no Brasil.** Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/dados-icms-ecologico-brasil-633619.shtml>. Acessado em 17 de novembro de 2015.

FREITAS, Eduardo de. **Protocolo de Kyoto**. Disponível em: <http://www.brasilescola.com/geografia/protocolo-kyoto.htm>. Acessado em 01 de outubro de 2015

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

ICMS Ecológico. **Legislação.** Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=60#pi>. Acessado em 22 de novembro de 2015.

ICMS Ecológico**. O ICMS Ecológico na Constituição Brasileira**. Disponível em:<http://www.icmsecologico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=81> Acessado em 17 de novembro de 2015

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; CANÉPA, Eugênio Miguel; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Política ambiental. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; VINHA, Valéria da (orgs). In: **Economia do meio ambiente**: teoria e prática. Rio de Janeiro, Elsevier, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006

Portal Kerdna. **Revolução Industrial.** Disponível em: <http://revolucao-industrial.info/>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

Portal Manutenção e Suprimentos. **Revolução industrial e os impactos no meio ambiente.** Disponível em:<http://www.manutencaoesuprimentos.com.br/conteudo/2912-revolucao-industrial-e-os-impactos-no-meio-ambiente/>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

Portal Mundo Verde. **A relação entre revolução industrial e o meio ambiente**. Disponível em:<http://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/relacao-entre-revolucao-ambiental-e-meio-ambiente/>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

Portal Só Resumo. **Revolução Industrial.** Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/resumos/revolucaoindustrial.php>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

Portal Scribd. **Consequências ambientais da revolução industrial.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/51270222/Consequencias-ambientais-da-revolucao-industrial-2#scribd>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

Portal Toda Matéria, **Revolução industrial inglês**. Disponível em: <http://www.todamateria.com.br/revolucao-industrial-inglesa/>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

REIS, Marcelo dos. **ICMS ecológico como instrumento de proteção ambiental**. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/A095EBF94AC7513D8D34417014D1E1EE.pdf>. Acessado em 17 de Novembro de 2015.

SANTOS, Antônio Silveira R. dos. **Meio ambiente do trabalho:** considerações. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1202>. Acesso em: 6 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Railma Marrone Pereira da**. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25529/o-meio-ambiente-na-constituicao-federal-de-1988>. Acessado em 17 de novembro de 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.