

# DIREITOS FUNDAMENTAIS:

defesa, promoção e concretização

Isael José Santana  
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém  
Léia Comar Riva  
[ORGANIZADORES]

# Direitos fundamentais: Defesa, promoção e concretização

Obra financiada



 **Pedro & João**  
editores



**ISABEL JOSÉ SANTANA  
GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM  
LÉIA COMAR RIVA  
(Organizadores)**

**Direitos fundamentais:  
Defesa, promoção e concretização**

© **Copyright dos autores**

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos dos autores.

---

**Isael José Santana; Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém; Léia Comar Riva (Orgs)**

**Direitos fundamentais: defesa, promoção e concretização.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 192p.

**ISBN. 978-85-7993-531-2**

1. Direitos fundamentais. 2. Defesa dos direitos. 3. Unidade Universitária de Paranaíba/MS. 4. Autores. I. Título.

CDD – 340

---

**Capa:** Andersen Bianchini

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

**Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil);  
Nair F. Gurgel do Amaral (UNIR/Brasil); Maria Isabel de Moura  
(UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil);  
Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil)



**Pedro & João Editores**

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

13568-878 - São Carlos – SP

2018

## SUMÁRIO

PREFÁCIO Ailton Souza	7
APRESENTAÇÃO	9
RESPONSABILIDADE CIVIL POR “NOVOS DANOS”: DANO EXISTENCIAL E DANO POR PERDA DE UMA CHANCE Etiene Maria Bosco Breviglieri Claudia Karina Ladeia Batista Ana Carla Sanches Lopes Ferraz	11
ACESSO E EXCLUSÃO DE TRAVESTIS, TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS AO MERCADO FORMAL DE TRABALHO Dabel Cristina Maria Salviano	29
A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MECANISMOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém José Péricles de Oliveira	47
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E ESTADO DE DIREITO: PARÂMETROS PARA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS Isael José Santana	67
INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL José Péricles de Oliveira Nelson Finotti Silva	85

O PAPEL DO PROCEDIMENTO NO DIREITO PROCESSUAL: DOS ASPECTOS HISTÓRICOS AOS POSTULADOS HODIERNOS Luiz Renato Telles Otaviano Juliano Gil Alves Pereira	107
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: NEGLIGÊNCIA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR Léia Comar Riva	123
O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES REFLEXÕES Lisandra Moreira Martins	145
A IRRETROATIVIDADE DA LEI COMO ASPECTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO ATO JURÍDICO PERFEITO Mário Lúcio Garcez Calil Carlos Malta Leite Ricardo Pinha Alonso	159
DIREITO FUNDAMENTAL DE INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E POSSIBILIDADES DE SUA EFETIVAÇÃO Raquel Rosan Christino Gitahy Washington Cesar Shoiti Nozu Leiliane Rodrigues da Silva Emoto	175

## PREFÁCIO

“Vivemos num tempo atônito que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser, sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca vimos ser.” Boaventura de Sousa Santos.

É sempre um grande prazer poder prefaciар um livro e, em especial, quando o mesmo é resultado do esforço de um grupo qualificado e comprometido. O resultado de um trabalho com estes predicados, não poderia ser diferente ao que o leitor encontrará ao longo das contribuições que completam a presente coletânea. Independente da ordem de leitura que se faça, os textos aqui reunidos apresenta um conjunto de contribuições importantes para reflexões aprofundadas tanto no campo das ciências aplicadas, como nas humanas e sociais. A ampla diversidade das temáticas tratadas permite aos leitores conectar as balizas jurídicas aos problemas ainda candentes do mundo contemporâneo. Os olhares e análises diferenciadas dos autores partem tanto da esfera do direito como de aspectos mais normativos em torno da semântica jurídica, que aqui ganham de modo geral uma roupagem, sobretudo, mais didática.

Conjugando características do ordenamento jurídico e alguns dos principais problemas que assolam a sociedade, temos na presente exposição, contribuições distintas e importantes que convidam o leitor a mergulhar em temas, que embora, ainda sejam delicados e controversos possuem um tratamento bem temperado e sutil, o que deixa a leitura muito agradável e objetiva. Além disso,



os leitores encontrarão nas páginas que seguem diversos temas interessantes. Entre eles os que envolvem o comércio sexual, a moradia e o enfrentamento com organizações criminosas, os direitos humanos e dos sujeitos da cidade, bem como os direitos relacionados a constituição da família, a positivação dos direitos fundamentais e a objetivação do recurso extraordinário da ação civil pública. Outras abordagens presentes na obra englobam o significado da paz, a teoria dos sistemas, soberania, educação no âmbito digital e a questão da segurança pública.

Embora cada um dos textos trazidos a baila merecesse um destaque especial pelo recorte proposto evito ser prolixo na tentativa de aguçar a curiosidade dos leitores e reforçar o convite para se debruçarem nas leituras oferecidas. As reflexões brindam o público com análises sofisticadas que colaboram para o aprofundamento teórico e empírico em torno de problemas ainda não superados pela teoria especializada. Todos os esforços despendidos pelos autores estão sintetizados nos artigos que passam a partir deste momento a ser disponibilizado ao público nesta deleitável contribuição.

**Dr. Ailton Souza**

Paranaíba, 17 de junho de 2018.

## APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva a respeito de **Direitos Fundamentais: Defesa, Promoção e Concretização** retrata o resultado de um desafio lançado pelos coordenadores, que compõe parte do corpo docente proponente do Curso de Mestrado em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Unidade de Paranaíba, com o propósito de, resumidamente, publicar o que vem sendo pesquisado acerca do tema.

Importa esclarecer que o tema é propositalmente uma das linhas de pesquisa definida pelo grupo de trabalho que desenvolve o projeto supramencionado e teve como desafio introduzir o instigante tema cuja proposta é, em poucas linhas, estudar os aspectos práticos dos direitos fundamentais aliados à humanização, amálgama fundamental de todo curso, desde a graduação.

Assim, como propõe o projeto do Mestrado, os artigos apresentados nesta obra coletiva, de diversos pesquisadores, inclusive externos à Universidade, referem-se aos variados aspectos atinentes aos direitos fundamentais, destacadamente às políticas públicas vigentes e sonhadas, críticas à legislação e ao processo jurisdicional, denúncias às omissões constitucionais, “num contexto de constitucionalização do direito e argumentação jurídica no constitucionalismo contemporâneo”.

Ressalta-se que os temas abordados ainda que autônomos, se interligam pelo desafio e propostas conducentes à efetivação dos direitos fundamentais.

Neste diapasão temos claro que os direitos e garantias fundamentais precisam ser efetivados para além de positivados, conforme preconizou Norberto Bobbio. Embora estejamos avançando no tempo cronológico isso não significa que estejamos

concretizando o resultado de lutas históricas pela defesa do indivíduo frente ao Estado.

Neste momento histórico em que se aprofunda o distanciamento das pessoas frente a perda do “senso comum” em que o espaço da individualidade tem se tornado prioridade e aprofundado o abismo social que é excludente em matéria de direitos fundamentais.

O desconhecimento ou mesmo a distorção do que se caracteriza enquanto direitos humanos vem se aprofundando de forma a não compor o ideário das modernas sociedades que são direcionadas ao mero processo de simplificação e consumo. Conforme a poetisa chilena Gabriela Mistral “*¿Crees que la humanidad es todavía algo que hay que humanizar?*”

Uma obra com a finalidade de propor a reflexão sobre a massificação do indivíduo frente a um processo de repetição que determina ações irrefletidas e que afasta o interesse coletivo e transforma o indivíduo em mero ser, uma coisa de um sistema de reprodução do poder e não da implantação, efetivação e ampliação da garantia dos direitos sociais.

Inverno de 2018,

Os Organizadores

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR “NOVOS DANOS”: DANO EXISTENCIAL E DANO POR PERDA DE UMA CHANCE

Etiene Maria Bosco Breviglieri<sup>1</sup>  
Claudia Karina Ladeia Batista<sup>2</sup>  
Ana Carla Sanches Lopes Ferraz<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

O estudo dos danos tem recebido destaque no estudo do direito civil nas últimas décadas. Assistimos assim a um avanço no conceito de dano que introduziu a ideia de danos morais e imateriais, bem como a responsabilização por diferentes tipos de dano tais como os chamados danos existenciais.

A palavra dano possui origem latina (“*dannun*”) e refletem uma diminuição ou ofensa ao patrimônio do indivíduo em suas

---

<sup>1</sup> Pós Doutora em Direito pela Università degli studi di Messina (Itália), Doutora em Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Mestre em Direito pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (Franca), Mestre em Teoria da Literatura pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (São José do Rio Preto), Especialista em Direito do Consumidor (UNIRP) e Didática do Ensino Básico e Superior (UNORP), Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Telefone (17) 991126545. E-mail: etiene10@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE-Instituição Toledo de Ensino), Mestre em Direito – Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito (UNITOLEDO), Especialista em Direito Civil e processual Civil (UNORP). Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

<sup>3</sup> Mestre pela universidade de Marília na área de concentração: Empreendimentos Econômicos, desenvolvimento e Mudança social. Email: anaferraz.adv@hotmail.com.

esferas material ou moral. Diante disso sua proteção foi aos poucos legislada e hoje encontra arrimo tanto na legislação civil (artigo 186 e 927 do CC) quanto na constitucional (artigo 5, inciso X)<sup>4</sup>. Aos poucos surgiram subdivisões dos danos que fizeram com que o patrimônio pudesse ser amplamente protegido.

Tais avanços refletem uma constitucionalização do direito civil que nesses últimos tempos tem introduzido no campo da responsabilidade civil a apreciação de valores como a do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade ultrapassando assim os elementos básicos da responsabilidade civil como conduta ativa ou omissiva, nexos causal e dano; além da culpa *lato sensu*, que pode ser dispensada no caso da responsabilidade objetiva.

Assim, o conceito de patrimônio também sofreu alterações e passou a agregar cada vez mais elementos de ordem imaterial dando origem a proteção de elementos como a integridade intelectual e moral do indivíduo. Tais avanços e alterações acerca da responsabilidade civil denotam uma necessidade urgente de seu constante reestudo e apontam como objetivos desse trabalho além da revisão do conceito de dano o alargamento desse conceito em novas esferas chamadas de danos por perda de chance e dano existencial como consequências de uma interpretação da norma civil aliada a valores constitucionais.

## **1. A pessoa como sujeito e objeto de direito: a personalidade jurídica**

Se procurarmos pelas origens da palavra “sujeito” descobriremos que no latim, “*subjectus*” se referia a pessoa ou coisa que produzia ou determinava a ação por meio de um verbo. José Cretella Júnior (2000, p. 60) nos lembra que: “[...] pessoa e homem são conceitos diversos para o romano. Só o homem que reúne

---

<sup>4</sup> E ainda a Súmula 37 do STJ, que dispôs: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

certos requisitos é pessoa. Pessoa é ser humano acompanhado de atributos. Pessoa é o sujeito de direitos e obrigações”.

Dessa forma, lembramos que desde os primórdios do direito não basta ser homem, ou seja, existir é necessário que o direito nos atribua a personalidade jurídica para que somente então possamos falar em capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. Atualmente tal personalidade surge com o nascimento com vida (artigo 2 do CC) e cessa com a morte (artigo 6 do CC).

Enquanto a norma compõe o direito objetivo destinado a reger a vida do homem em sociedade, o direito subjetivo é a prerrogativa do indivíduo em relação a norma, ou sua *facultas agendi*. Assim podemos afirmar que o direito subjetivo está intrinsecamente ligado a ideia de direito natural e universal, bem como a valores máximos de justiça como “dar a cada um o que é seu”, valores esses que constituem o alicerce do direito subjetivo e antecedem qualquer norma, ou direito objetivo. Daisy Gogliano afirma:

O direito geral de personalidade resulta, assim, da exigência de se respeitar o direito do homem como pessoa, como fundamento da necessidade de se reconhecer direitos subjetivos em geral. Respeitar o homem como pessoa, admitir direitos subjetivos, é a base do ‘direito geral de personalidade’ (GOGLIANO, 2009, p. 160).

Diante de tais explicações há que se asseverar que a personalidade não é um direito. Seria mais correto afirmar que a personalidade é que serve de apoio aos direitos e deveres que dela emanam. A personalidade constitui um conjunto de caracteres da pessoa, de cada indivíduo. Dessa forma o direito objetivo permite que cada pessoa defenda sua personalidade, de forma que os chamados “direitos da personalidade” são os direitos subjetivos que cada indivíduo possui para defender valores como sua liberdade, identidade, honra etc.

## **2. A Dignidade da Pessoa Humana e a tutela dos direitos inerentes à personalidade**

Como já dito anteriormente, observa-se uma reaproximação entre o direito civil, em especial a responsabilidade civil do estudo mais aprofundado dos danos. Nessa seara alguns valores antes respaldados apenas pelo texto constitucional foram aos poucos contaminando a jurisprudência e a doutrina cível. Percebe-se assim que a interpretação dos chamados danos a personalidade tem recebido uma interpretação pautada muitas vezes na dignidade da pessoa humana e na valorização do homem (dos direitos fundamentais) como um processo de humanização do direito civil moderno que aproxima as normas de direito público e de direito privado, como ressalta a doutrina (BITTAR, 2001, p. 22-23):

Divisam-se, assim, de um lado, os ‘direitos do homem’ ou ‘direitos fundamentais’ da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente os direitos à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade e o direito de ação. De outro lado, consideram-se ‘direitos da personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo e o direito moral de autor, a par de outros.

Por isso, quer estejam alojados na esfera do direito público (art. 5 da CF em diferentes incisos com o direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada, à presunção de inocência, o direito a não ser submetido a tortura, etc.) ou na esfera do direito privado (art. 11 do CC) os direitos fundamentais e os direitos da personalidade andam juntos em prol da dignidade da pessoa humana. A nova visão civilista que se impõe aproxima essas esferas e dá condição para que tais direitos alcancem proteção ainda maior, daí a ideia de evocar sua proteção e o ressarcimento

por danos causados em virtude de lesão ao direito de personalidade alegando sua importância civil e constitucional e para tanto incluir-lhes nos casos de reparação abarcados pela previsão do artigo 927 do CC.

Importante ressaltar as características dos direitos da personalidade. Quanto a sua titularidade, essa é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. Por não serem objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis, inclusive quanto ao exercício deles, ainda que gratuito. Não pode Poder Público desapropriar qualquer direito da personalidade, porque ele não pode ser domínio público ou coletivo. A pretensão ou exigência para o cumprimento do dever e da obrigação de abstenção ou de fazer, como na hipótese do direito de resposta, ou da indenização compensatória por dano moral é imprescritível. Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; não se transferindo *post mortem*, de modo a que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do “*de cuius*”.

### **3. O dano existencial**

Uma dessas novas versões de dano aceitas pela doutrina e pela jurisprudência são os chamados danos existenciais assim definidos como uma espécie dos chamados danos imateriais; esses últimos conhecidos como: “[...] o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico” nas palavras de Wilson Melo da Silva (1969, p. 13). Não devendo assim ser confundido com os danos morais ou demais danos extrapatrimoniais.

O dano existencial está diretamente ligado a impossibilidade da vítima em dar início ou andamento aos seus projetos de vida em virtude de danos que lhe foram causados. Assim divide-se



principalmente em dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações<sup>5</sup>.

Tal dano, oriundo do direito francês é por esse sistema designado como “*prejudice d’agrément*” <sup>6</sup>e reflete segundo Clóvis V. do Couto e Silva (1991, p. 15): “[...] os danos surgidos pela impossibilidade de certas práticas, como o lazer, atividades desportivas, culturais e a perda de algum sentido, como o olfato”. Inicialmente tal conceito era usado para casos em que a pessoa lesada deixava de poder atuar em algo que lhe dava prazer como em uma atividade desportiva. Mais tarde, precisamente após 1973, a jurisprudência francesa passou a adotar tal espécie de danos para os casos em que pessoas lesadas deixavam de praticar atividades prazerosas normais e não apenas àquelas em que tinham destaque, como um hobby ou mesmo seu trabalho.<sup>7</sup>

O dano existencial se baseia em dois elementos que podem ser violados: o projeto de vida e as relações de vida da vítima.

Assim se pode afirmar que tal tipo de dano ofende o projeto de vida, e suas possibilidades de realização. Nesse caso a ação ou omissão de alguém gera um impeditivo que rompe os planos, o projeto de vida da vítima impedindo-a de constituir seus planos

---

<sup>5</sup> “[...] o dano existencial, este ligado sobretudo à vida de relação, nomeadamente, familiar”. Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

<sup>6</sup> Conhecido como “*loss of amenities of life*”, “*loss of enjoyment of life*” ou “*hedonic damages*” na jurisprudência Americana e australiana.

<sup>7</sup> A teoria do dano existencial logo atingiu o direito italiano. Como exemplos importantes temos as sentenças 500/99 e 7.713/2000, da Corte de Cassação Italiana. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/home.asp>>. Acesso em: 12/06/2012. Tais decisões versaram sobre o acolhimento de reparação de dano na esfera civil simplesmente com averiguação de demonstração dos seguintes elementos da responsabilidade civil: a) a injustiça do dano; b) a lesão a uma posição constitucionalmente garantida. Dessa forma a antiga ideia e elementos apregoados como essenciais para a responsabilização civil (dano, nexos causal e ação ou omissão do agente com culpa) passavam a ser revistas.

para sempre. A ocorrência do dano existencial pode causar assim frustrações de ordem emocional, profissional e familiar na vítima. Sobre a ideia de “projeto de vida”

[...] 3. *Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirnos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo 'proyecto' encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno.* 4. *Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005).

Daí concluímos que a ideia de projeto de vida tornou-se bem jurídico tutelado desde que possa ser comprovada sua viabilidade de realização. Isso é fundamental para que se possa falar em dano real, ou seja, no completo reconhecimento do dano como elemento essencial para a responsabilização civil de seu causador. Dele decorre a frustração de uma projeção que impede a realização pessoal (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade), impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social. É, portanto, passível de constatação objetiva.

O dano ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre

sua liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida. (NUNES, 2007, p. 166).

Quanto aos prejuízos sofridos pela vítima nas suas “relações”<sup>8</sup>, esses se relacionam as relações interpessoais, dos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial por meio da experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões etc, em contato com a humanidade.

[...] a coexistencialidade é um dos pressupostos existenciais do ‘projeto de vida’. Embora o projeto seja uma decisão livre, só pode se realizar com a contribuição dos demais seres, no seio da sociedade. O ‘projeto de vida’ se formula e decide para sua realização em sociedade, em companhia dos ‘outros’. A constituição coexistencial do ser humano torna possível sua realização comunitária. (SESSAREGO, 2012, p. 35).

Por isso, independentemente da conduta do agente ter também causado um dano à saúde, ou moral, material pecuniário o fato é que no dano existencial o sujeito passivo do dano se vê privado de dar andamento ou iniciar seu projeto de vida e/ou vida de relação se comparado ao dano moral diríamos que o dano existencial está ligado a um “fazer” e o dano moral a um “sentir”. E mais, é necessário ressaltar que o dano existencial em sua essência está associado a manutenção da dignidade e do respeito ao ser humano, seus anseios e concepções. Quanto a esses valores nos recorda Sessarego (1992, p. 129):

Uma concepción personalista del derecho, que reivindica el valor de la persona humana como centro y ege del derecho, parte del supuesto de que cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no

---

<sup>8</sup> Desde o início dos anos 60 a doutrina italiana, passou a incluir entre os tipos de dano injusto causado à pessoa, o “danno alla vita di relazione” [dano à vida de relação], dano ao relacionamento em sociedade, à convivência, que não atinge diretamente, mas indiretamente, a capacidade laborativa – a capacidade de obter rendimentos – da vítima.

puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello, debe simplemente tenerse en cuenta su naturaleza de 'ser humano'. Esta reparación, como se há expresado, se fundamenta, siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona.

Diante disso é possível vislumbrar a contemporaneidade da matéria relativa aos danos existenciais vez que os valores envolvidos nas situações acima recaem sobre a esfera imaterial e extrapatrimonial do indivíduo alterando profundamente sua vida e por isso necessitando de severa reparação civil. São, portanto os danos existenciais uma espécie dos danos imateriais (que são gênero) e que por consequência acarretam a violação dos direitos da personalidade.

Como exemplos de jurisprudência nacional podemos citar:

Indenização – Responsabilidade civil – Hospital – Dano moral – Contágio pelo vírus da AIDS provocado por transfusão de sangue – Fixação – Critério – Arbitramento em conformidade com a dor suportada e a possibilidade do hospital - Majoração determinada – Recurso provido para esse fim (JTJ 196/91).

Indenização – Responsabilidade civil – Hospital – Dano moral – Vírus HIV adquirido por recém-nascido em transfusão de sangue – Constatação após dez anos – Admissibilidade – Contaminação por outros meios afastada pela prova pericial – Verba devida – Sentença confirmada – (JTJ 251/117).

Responsabilidade civil do Estado - confissão obtida na delegacia de polícia mediante coação irresistível - Condenação baseada neste fato - Erro Judiciário. 1. a incoerência dos depoimentos policiais neste processo, além de outros depoimentos que confirmam as lesões corporais infligidas ao autor-apelado conduzem a ilação que a confissão do crime foi obtida em ambiente de anormalidade procedimental. 2. Em todas as fases do processo, negou o recorrido a autoria criminosa. 3. Os jurados, baseados na tese da confissão da polícia, detalhe que os conduziu a erro, consideram o apelado autor do crime doloso. 4. Evidenciada assim, a ocorrência de um erro judiciário, que levou o condenado a permanecer na prisão por mais de

seis anos. 5. Merecida, pois, a indenização estipulada pela sentença conforme o art. 5º, LXXV, da CF.<sup>9</sup>

#### 4. Dano por perda de chance

Essa liquidação das possibilidades de realização de um evento real e certo que constituía parte do projeto de vida de alguém vem recebendo a denominação de responsabilidade civil por perda de chance. Tal tema nem sempre recebe ampla abordagem em obras de responsabilidade civil mas foi presente em lides submetidas ao STJ.

Tal teoria teve origem na França, a partir de alguns exemplos clássicos de responsabilidade civil prevista na legislação desse país que previa nos casos em que alguém, mediante a conduta culposa de outrem ficasse privada de uma possibilidade de lucro merecendo assim ser ressarcido. Posteriormente, doutrina e jurisprudência de outros países europeus passaram a adotar a teoria, principalmente a Itália.

A problemática da responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália, com a *Teoria Generale della Responsabilità Civile*, desenvolvida pelo Professor Adriano de Cupis (1966), à época professor de direito civil da Università di Perugia, que adotando posição contrária aos autores anteriores, reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida e inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente e a possibilidade de indenização às chances sérias e reais. Dessa forma o autor italiano apresentou um dano independentemente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam.

É importante ressaltar nesse momento que:

---

<sup>9</sup> TFR. 3ª R., LEX JSTJ 32/372 e REVISTA JURÍDICA 174/148; no mesmo sentido: STF, RF 160/111 e RDA 100/146.

Além do aspecto que considera o cotidiano da vítima, o dano existencial é indicado também a partir da ideia de potencialidade. O dano existencial que leva em conta o elemento potencial surge como forma de abranger também as atividades que a vítima, segundo a 'lógica do razoável', ou as 'regras de experiência', poderia desenvolver segundo o curso normal da vida, isto é, acaso o dano nunca houvesse ocorrido. Nesse sentido, o dano existencial apresenta-se como a perda de uma chance. (DE CUPIS, 1966, p.70).

Assim para caracterizar a perda de chance ou o dano existencial deve haver o caráter de previsibilidade daquilo que a vítima alega ter perdido. Salienta assim a doutrina, nas palavras de Luís Ricardo Fernando de Carvalho:

[...] quanto aos requisitos para que o dano seja ressarcível ou indenizável, que a doutrina prega que ele deve ser certo, atual e próprio ou pessoal. Sendo certo, quanto à sua existência, quanto a sua efetividade, devendo a certeza do dano estar presente quando do ajuizamento da demanda; atual, pois o dano não pode ser meramente hipotético, e próprio ou pessoal, sendo que só poderá pleitear indenização aquele que sofreu prejuízo decorrente do evento danoso, mesmo que indireto. (CARVALHO, 2004, p. 35).

Também Sérgio Savi preleciona:

Hoje é possível visualizar um dano independentemente do resultado final. Se por um lado, a indenização do dano consistente na vitória perdida, (na causa judicial, por exemplo), é inadmissível, ante a certeza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da responsabilidade de vitória poderá, frise-se dependendo do fato concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização (SAVI, 2012, p.3).

Como exemplo destacamos as jurisprudências abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS PARTICIPAÇÃO DO AUTOR EM PROCESSO SELETIVO PARA VAGA DE AJUDANTE DE CAMINHÃO EM EMPRESA DE GRANDE PORTE - SOLICITAÇÃO DE EXAMES CARDÍACOS E ORTOPÉDICOS A SEREM ELABORADOS PELA RÉ - LAUDO RADIOLÓGICO EQUIVOCADO ATESTANDO ENFERMIDADE INEXISTENTE - EXCLUSÃO DO AUTOR DO PROCESSO

SELETIVO - PROVA PERICIAL MÉDICA CONCLUSIVA NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DA ENFERMIDADE ATESTADA DANO MORAL CONFIGURADO - DANOS MATERIAIS- **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE** --EXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À SÉRIA E REAL POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO - FIXAÇÃO DO DANO MATERIAL NO VALOR EQUIVALENTE A DOZE MESES DO SALÁRIO QUE PERCEBERIA O AUTOR SE TIVESSE SIDO CONTRATADO- APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA VERBA INDENIZATÓRIA PELO DANO MORAL - EXEGESE DA SÚMULA 97 DESTA TRIBUNAL - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. (AC 0067530-06.2006.8.19.0002 e AC 0048520-47.2004.8.19.0001). (RIO DE JANEIRO, 2008; RIO DE JANEIRO, 2009).

TJRJ - RESPONSABILIDADE CIVIL. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**. DANO MATERIAL. RECURSO. EMPRESA DE RECORTES DE DIÁRIOS OFICIAIS. PERDA DE PRAZO RECURSAL. CONSIDERAÇÕES DO DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA SOBRE O TEMA. CCB/2002, ARTS. 186 E 403.

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Pretensão à reparação por danos materiais fundada na perda de uma chance ocasionada pela falha no envio de publicação oficial por Empresa de Recortes de Diários Oficiais, a qual resultou em perda de prazo para interposição de Recurso de Revista, impossibilitando a reapreciação de acórdão desfavorável ao Autor. Sentença de improcedência. O advento da teoria da perda da chance trouxe a possibilidade de reparação de uma nova modalidade de dano, independente do resultado final, desde que derivado da ação ou omissão de um agente que importasse em privação a outrem da oportunidade de chegar a este resultado, possibilitando que fosse responsabilizado por isso, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta. Perda da chance de recorrer. Nexa de causalidade configurado. O Autor provou que caso não houvesse a omissão da Apelada, poderia obter a reapreciação de julgado no qual foi minorado o quantum indenizatório arbitrado em primeiro grau. Liquidação da sentença por arbitramento. Recurso parcialmente provido. (AC 0009512-17.2010.8.19.0207). (RIO DE JANEIRO, 2011).

Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela

perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp. nº 788459/BA). (STJ, 2006).

Nota-se nos casos acima em comparação com a ideia de dano existencial que na perda de chance havia uma probabilidade muito maior de realização dos fatos alegados pelos autores. Ou seja, os danos causados nas situações de perda de chance interromperam a continuidade de planos de pessoas que, em condições normais e por culpa de agentes externos perderam a chance de realizar seu “projeto de vida” que seria um pouco mais improvável ou dificilmente comprovável nos casos de dano existencial. As situações acima preenchem perfeitamente a ideia de “grande possibilidade” de vitória a que a doutrina italiana fazia referência:

A vitória é absolutamente incerta, mas possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. (DE CUPIS, 1966 apud SAVI, 2009, p. 11).

Há autores inclusive que afirmam que a natureza do “dano chance perdida” será a mesma do “dano vantagem esperada” (SILVA, 2013).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo exposto, pode-se asseverar que a responsabilidade civil principalmente no período pós-guerra sofreu alterações que acompanham o desenrolar dos fatos históricos e modificações sociais e dessa forma absorvido novas teorias sobre os danos.

Tais alterações são fruto de um processo de humanização e constitucionalização do direito civil que tem valorizado a interpretação das decisões cíveis associadas ao princípio



constitucional da dignidade da pessoa humana e de outros valores fundamentais.

Houve ainda a valorização dos direitos da personalidade como reflexo da valorização dos interesses imateriais da pessoa, fundados na dignidade da pessoa humana.

Dentre os chamados “novos danos” destacamos assim o dano existencial e o dano pela perda de uma chance. O primeiro tem recebido aplicação como espécie de dano imaterial e muitas vezes associado ainda ao dano moral na jurisprudência brasileira o que ainda mercê acerto vez que constitui espécie própria de dano conforme demonstrado, parte do gênero dos danos imateriais. Restou assim a ideia de que tal dano merece cada vez mais atenção dos julgadores que devem atentar para a extensão do dano e para a culpa muitas vezes presente, mas não essencial nesse tipo de dano; o que altera a fixação do quantum a ser indenizado.

Já a perda de uma chance, também muito aceita nos tribunais, apesar da divergência que possa ocorrer em alguns casos, verifica ainda mais a previsibilidade da ocorrência de um fato que foi interrompido em função do ato ou omissão de alguém, causador do dano. Nesse caso, o dano material também deverá ser provada. Contudo, trata-se da demonstração da perda da oportunidade de se obter de uma vantagem ou de se evitar um prejuízo ocorrido.

O mais relevante, no entanto, é verificar que o direito brasileiro, ao seu tempo, vem se adaptando à realidade social, sempre muito ativa, e que o obriga a também se transformar para que cumpra seu papel enquanto regulador social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <[www.mp.sp.gov.br/portal/page/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/.../DANO%20EXISTENCIAL.doc)>. Acesso em: 26 mar. 2016.

AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade IN NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2001.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita de uma chance e certeza del danno. **Revista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile**, Anno XXX, p.55-101, 1976.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por Danos Morais – Quantum. **Revista de Direito Privado**, nº 17, ano 5, jan./mar., 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 225.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. 24. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2000.

DE CUPIS, Adriano. **II Danno**: teoria generale della responsabilità civile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. 2V.

DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FIÚZA, César Augusto de Castro; LANA, Henrique Avelino. A responsabilidade pela perda de uma chance: reflexões sobre sua natureza jurídica que ainda prevalecem. **Revista Quaestio Iuris**, vol.11, n.1, Rio de Janeiro, 2018, p. 330-348.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

GREY, Natália de Campos. Os novos danos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2109, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12600>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007, p. 166.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n. 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_cancado\\_132\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc)>. Acesso em: 25 mar. 2012.

OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

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

SESSAREGO, Carlos Fernandez. Deslinde. **Concepto entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Disponível em: <[http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_6.PDF](http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Protección a la persona humana. **Revista da Associação dos Juízes de Direito do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 56, nov., p. 89-142, 1992.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.80, n. 667, p.7-16, maio de 1991.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**, Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1969.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: atlas, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana**. 2007. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – PUCRS, Porto Alegre, 2007.

STJ. **REsp. nº 788459/BA**. Rel. Ministro Fernando Gonçalves, **DJU** de 13 mar. 2006. disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=show+do+milh%E3o&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+do+milh%E3o&b=ACOR)>. Acesso em: 30 mar. 2012.

TJRJ. **AC 0048520-47.2004.8.19.0001**. Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, julgada em 29 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **AC 0067530-06.2006.8.19.0002**, Rel. Des. Ismenio Pereira de Castro, julgada em 24/06/2009.

\_\_\_\_\_. **AC 0009512-17.2010.8.19.0207**. Órgão Julgador: NONA CAMARA CIVEL. Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA. Data da Publicação: 27 maio 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU8&N=201100121049&Consulta=&CNJ=0009512-17.2010.8.19.0207>>. Acesso em:30 mar. 2012.



# ACESSO E EXCLUSÃO DE TRAVESTIS, TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS AO MERCADO FORMAL DE TRABALHO

Dabel Cristina Maria Salviano<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo evidenciar como estão incluídos ou excluídos no mercado formal de trabalho o público transexual, transgênero e travestis, buscando entender se há compatibilidade do modelo de mercado de trabalho com o do Estado Democrático de Direito, sob a ótica do acesso Constitucional voltado a este público e se as garantias e proteções a esses indivíduos estão sendo preservados sob o prisma dos direitos humanos, a fim de pensar a elaboração de políticas públicas que garantam acesso e permanência desse público com as mesmas garantias e oportunidades gerais, contribuindo com a comunidade jurídica na possível formação sólida de um Direito trabalhista que garanta plenamente o Estado Democrático de Direito.

Ainda, pesquisou-se a situação da atual legislação de inclusão ao mercado de trabalho e a linha que o direciona, bem como as leis Trabalhistas brasileiras e estrangeiras, quanto à consolidação das legislações, das quais o Brasil é signatário, fomentando uma análise comparativa entre o Direito Trabalhista na legislação brasileira e estrangeira; houve a verificado das possibilidades de assimilação entre as diferentes normas, partindo dos princípios e diretrizes interpretativas;

---

<sup>1</sup> Mestre em Educação pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), Coordenadora e professora do Curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), unidade de Paranaíba. Email [dabel\\_salviano@hotmail.com](mailto:dabel_salviano@hotmail.com)

Também, buscou certificar como as Políticas Públicas de Inclusão garantem em sentido amplo a proteção aos direitos humanos, promovendo a efetividade da tutela jurisdicional daquele que sofre a discriminação no Estado Democrático de Direito. Investigar sobre a necessidade de se consolidar as políticas públicas já existentes, com a releitura do instituto sob a égide da Constituição.

A metodologia empregada no desenvolvimento do artigo foi de cunho bibliográfico. O trabalho de pesquisa bibliográfica teve como fontes primárias a Constituição Federal do Brasil, a legislação infraconstitucional brasileira, tratados internacionais e legislação estrangeira sobre o tema.

A fim de compreender o tema, num primeiro momento procedeu-se ao um breve levantamento histórico do tema da pesquisa, abordou-se, após, sobre o trabalho e a correlação de gênero, procedeu-se estendendo o trabalho sob a perspectiva dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. Num segundo momento evidenciaram-se as possíveis contribuições à área. E por fim, apresentaram-se as considerações finais.

## **1 – Breve levantamento histórico**

Ao longo de toda a trajetória da humanidade, tivemos vários processos de exclusão, por variados motivos: negros e indígenas foram excluídos por questões raciais; muçulmanos e hindus pelo teor religioso; plebeus e operários sofreram processos de exclusão em função da questão social; mais hodiernamente enfrentamos a exclusão de gênero e tantas outras.

A expressão “Gênero” é utilizada para explicar a desigualdade entre homens e mulheres e o movimento feminista foi o pioneiro em aplicá-la, para afirmar a opressão sofrida pelas mulheres e sua subjugação ao longo da história.

A desigualdade entre os sexos é visível, ainda hoje, tanto na esfera pública como na esfera privada, e aumenta ainda mais de

acordo com a classe social que ocupam, a raça a que pertencem e outras tantas condições diferenciadoras. Tais questões se evidenciam pelas diferenças salariais ainda existentes, em alguns setores, entre homens e mulheres, quando inseridas no mercado de trabalho e há ainda que se considerar o fato de muitas mulheres serem relegadas a papéis domésticos em suas vidas pessoais, peculiaridade pouco comum ao universo masculino.

Historicamente, a condição de desigualdade era sedimentada e justificada pelas religiões com seus setores conservadores, por políticas discriminatórias e teorias biológicas que enfatizavam ainda mais a diferença entre homens e o chamado “sexo frágil”, de tal forma que tal desigualdade, muitas vezes, é/foi justificada por princípios religiosos, biológicos, sociais, entre outros.

Pelo tratamento sofrido e pelo desempenho social a que foi relegada, a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, da sua promulgação, através do Decreto-Lei 5.452/1943, traz em seu Capítulo III, no Título III “Da Proteção do Trabalho da Mulher”, o intuito de garantir princípios de igualdade.

O termo “Gênero” passa a ser utilizado para questionar a suposta ideia de que mulheres são emocionais e frágeis e que homens são racionais e fortes. Na perspectiva de gênero, essas características são produtos de uma situação histórico-cultural e política; além de serem as diferenças produto de uma construção social. Gênero, dessa sorte, se torna uma categoria relacionada ao feminino e ao masculino, para que fossem reconhecidas as diferenças biológicas, mas não se admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades no trabalho, na educação, na política e em todas as esferas sociais.

## **2 – Trabalho e a correlação de gênero**

A expressão gênero tem aparecido cada vez com mais frequência nas normas internacionais e em várias legislações dos mais diversos países. No Brasil, é introduzida pela primeira vez em



1996, quando da Convenção de Belém do Pará (Decreto 1973, de 01/08/1996), utilizada para esclarecer o conceito de violência advinda de conduta baseada no gênero.

No Brasil, com a criação da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres, em 2003, temos um fortalecimento da perspectiva de gênero em todas as demais políticas públicas. A identidade sexual, que antes se centrava na dicotomia masculino/feminino, amplia-se com a própria ampliação do conceito de gênero, que agora abrange homossexuais, lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros, entre outras designações, que não se identificam com o par opositivo masculino/feminino.

Segundo Marta Lamas (2000. p.16), “[...] cromossomos ou matriz não implica assumir as prescrições de gênero e atributos femininos nem vice e versa no caso dos homens. O vínculo determinista entre corpo, gênero e identidade se entrelaça com as questões de identidade que observamos hoje em mulheres e homens”. Desta forma, a autora entende como uma lógica de pensamento, de representações da subjetividade das pessoas.

É a partir desta perspectiva das diferenças que veremos a divisão sexual do trabalho sendo tratada como a forma de divisão do trabalho social, fruto de uma relação social entre os sexos. Histórica e socialmente, o papel dos homens tem sido relacionado à produtividade, com maior relevância social (políticos, religiosos, militares, entre outros); já o papel social das mulheres tem sido relacionado muito mais à esfera reprodutiva.

A divisão histórica e social do trabalho, assim se divide e se organiza com a existência de trabalhos destinados aos homens e às mulheres, onde o trabalho do homem “vale” mais que o trabalho da mulher, por isso a necessidade de criação de legislação de proteção ao trabalho da mulher (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nos artigos 372 a 401), a fim de, a partir das desigualdades, tentar igualar as diferenças.

Em nossa sociedade, o trabalho é primordial para as necessidades humanas, ele deve satisfazer as necessidades básicas

e diárias, além de historicamente ter exercido papel fundamental na socialização do homem.

Ao considerarmos que o trabalho é atividade fundamental para o desenvolvimento social e básico do ser humano, compreendemos a importância do direito ao trabalho (Constituição Federal Art. 6º). Mas a comunidade LGBT não tem esse direito garantido. Com a Constituição de 1988, existiu o movimento reivindicatório para a inclusão da expressão “orientação sexual” no texto legal, no artigo que proíbe discriminação por “origem, raça, sexo, cor e idade” (Art. 3º, inciso IV da CF de 1988) e no que versa sobre os direitos do trabalho (Art. 6º e seguintes do Capítulo II – Dos Direitos Sociais da Magna Carta). Tal reivindicação não logrou sucesso, mas serviu de iniciativa ao combate a esse tipo de discriminação, sendo posteriormente incluído nas legislações de vários Estados e municípios.

A visibilidade massiva tem sido a principal estratégia do movimento LGBT para angariar apoio político, tais estratégias têm produzido alguns avanços, por exemplo, a implantação do Programa Federal Brasil sem Homofobia. Mas ainda se ressentem com a dificuldade de políticas públicas que lhes garantam direitos igualitários, de uma postura Judiciária que atenda aos anseios sociais modernos e não limite suas decisões somente a juízes ou localidades considerados mais “progressistas”.

Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), em concordância com o Relatório da violência homofóbica no Brasil, publicado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), cerca de 90% das travestis e transexuais ainda se prostituem no Brasil, devido à transfobia que faz com que esse grupo “acaba tendo como única opção de sobrevivência a prostituição de rua”. Os dados, nas diversas regionais da entidade, apontam que em algum momento da vida as pessoas trans recorrem a essa profissão. (SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

### 3 – Trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos e da Constituição Federal de 1988

Apesar de o Brasil ser membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde a década de 1950, somente em 1965 ratificou a Convenção 111 da OIT, que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, garantindo a proteção às pessoas contra a discriminação no ambiente de trabalho.

O Brasil, neste aspecto, tem aplicado os Princípios de Yogyakarta, que garante 29 princípios basilares, dentre eles o décimo segundo, que é o Direito ao Trabalho e que o habilita a proceder a medidas tais como:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias. (YOGYAKARTA, INDONÉSIA, 2006, pág. 21)

Esses princípios já se encontram pacificados até mesmo em nossos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a validade de tais princípios no seguinte aresto:

Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF)...- **Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca pela felicidade – Princípios de Yogyakarta (2006):** direito de qualquer pessoa de

constituir família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero [...] (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 477.554 AgR/ Relator Ministro Celso de Mello/ Julgado em 16.08.2011/ Publicado no DJe-164/ Divulgado em 25.08.2011/ Publicado em 26.08.2011). (destaque nosso)

Os princípios de Yogyakarta (2006) garantem a “todos os seres humanos o direito de nascerem livres e iguais em dignidade e direitos”. Estabelecendo que os direitos humanos são universais, e que a orientação sexual, compreendida “[...] como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas, Yogyakarta (2006)” e a identidade de gênero compreendida como:

[...]experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (YOGYAKARTA, INDONÉSIA, 2006, pág. 07)

Sendo pontos essenciais a dignidade da pessoa humana, não devendo ser alvo ou motivo para discriminação ou abuso e devendo ser reconhecida pelo Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal Brasileira, dentre os objetivos fundamentais da República apregoados por seu artigo 3º, consta o inciso IV, que é o de: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Dessa forma, tanto o Estado, a sociedade, e principalmente o mercado de Trabalho, precisam garantir esse princípio constitucional, promover o bem social e eliminar os aspectos promovedores da discriminação.

O direito do/ao trabalho se distingue quando passamos a analisar o conceito de trabalho apresentado por Hegel (1997) nos *Princípios da Filosofia do Direito*, passamos a entender que o trabalho

se caracteriza não somente pelo viés econômico, como é comum pensar, mas também filosófico, “na medida em que ele forma a consciência em direção à universalidade”.

Para tanto, o trabalho, pertencente à esfera da sociedade civil, além de satisfazer as carências de cada indivíduo, o prepara para o Estado, na medida em que o faz pensar a sua relação com os outros na sociedade de forma universal. Nas palavras de Hegel:

Contém a Sociedade Civil três momentos: A) A mediação da carência e a satisfação dos indivíduos pelo seu trabalho e satisfação de todos os outros: é o sistema de carências; B) A realidade do elemento universal de liberdade implícito neste sistema é a defesa da propriedade pela justiça; C) A preocupação contra o resíduo de contingência destes sistemas e a defesa dos interesses particulares como de administração e pela corporação. (HEGEL, 1997, p. 173).

Precisamos estar atentos para o que Hegel (1997) aponta: ser o trabalho também formador da consciência, pois media também as relações entre os indivíduos membros da sociedade civil, uma vez que, a fim de satisfazer as carências, cada indivíduo precisa se relacionar com outros indivíduos, seja comprando algum produto, seja pagando por um serviço, ou ainda recebendo por serviços prestados ou produtos feitos por ele. Neste sentido, compreendemos a sociedade civil como promotora da universalidade aparente ou formal: os indivíduos não querem a universalidade por ela mesma, mas a praticam, inevitavelmente, através de seu trabalho e da satisfação de suas carências.

A busca pelo trabalho e pelo direito ao trabalho coloca, assim, o homem inserido na universalidade social, na universalidade de direitos. Conseguimos então compreender o drama sofrido pelos travestis, transexuais e transgêneros que se encontram excluídos desta universalidade na busca por emprego formal, devido à orientação sexual e identidade de gênero.

O tema se reveste da maior importância, sobretudo quando enfrentamos um momento marcado por “grandes transformações” nos cenários econômico, político e social: globalização da

economia, produção voltada para o mercado internacional, modelo de Estado descomprometido com o padrão de vida dos trabalhadores nacionais; submissão dos países “em desenvolvimento” às instituições financeiras internacionais, políticas neoliberais, incluindo medidas como as privatizações, flexibilização e até desregulamentação do Direito do Trabalho, além do enfraquecimento da ação sindical (Conclusões do encontro entre representantes do governo norte-americano, organismos internacionais e economistas latino-americanos ocorrido em 1989, consistentes em um conjunto de medidas técnicas em favor da economia de mercado, objetivando, em tese, a recuperação dos países da América Latina. - *Consenso de Washington*, <http://seer.ufrgs.br/debates/article/view/2594>, acessado em 20/01/2018)

Essas mudanças, que a conjuntura econômica impôs às relações de trabalho, fizeram com que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) reafirmasse alguns princípios e direitos fundamentais, editando a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, obrigatória para todos os Estados-membros (<http://www.oitbrasil.org.br>), declarando o que considera serem os *princípios relativos aos direitos fundamentais*: direito a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Os *direitos fundamentais* do trabalhador diferem-se dos princípios que, como vimos, são idéias que definem padrões a serem adotados pelo Direito do Trabalho na legislação. Os direitos fundamentais, por sua vez, dirigem-se ao trabalhador em sua relação de emprego.

Dentre os direitos fundamentais do trabalhador, temos: direitos da personalidade, que tutela a limitação ao poder de fiscalização, como por exemplo a revista do empregado, a liberdade de pensamento, de convicção filosófica e política; a

defesa à dignidade moral do empregado, como o dano moral, o assédio moral e o assédio sexual; o direito de não discriminação, decorrente de raça, gênero; proteção ao trabalho da mulher e do menor; do estrangeiro; do trabalhado com necessidades especiais, do trabalhador soropositivo, dentre outros.

Neste viés, cabe ressaltar que os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, são frutos de uma imensa evolução e discussão, que ganhou espaço/credibilidade e importância na medida em que o homem se viu na necessidade de editar normas e formar conceitos para que, a partir deles, outros conceitos e normas pudessem emergir, sustentando, deste modo, o direito no mundo.

As transformações sociais, políticas, religiosas e morais, fizeram com que o direito também se modificasse, trazendo outros saberes jurídicos, sempre sob as influências dessas alterações e dos campos mencionados. Isso é o que sustenta Norberto Bobbio.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

Com o processo de positivação dos direitos humanos, as sociedades passaram a uma constitucionalização de direitos, principalmente a partir das lutas por conquistas de direitos sociais. Esses Estados Constitucionais possuem característica fundamental. Nesse sentido, a partir do instante em que os direitos humanos foram inseridos no texto constitucional passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

Mas há que se notar uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, não propriamente em conteúdo, mas quanto a sua limitação, uma vez que:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos

humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35-36)

Os direitos humanos são um conjunto de direitos e princípios historicamente conquistados - e por isso em constante construção - inesgotáveis, universais, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, complementares e concorrentes, invioláveis e vedados ao retrocesso, entre outras muitas características. (SARLET, 2006) e que com os direitos fundamentais, se constituem na do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana, assim como os direitos humanos, foi construída ao longo da história, e se trata, portanto, de um conceito também em aberto, amplo, versátil, que, na verdade, fundamenta todos os outros princípios. O Princípio da Dignidade da pessoa Humana é, pois, um dos *fundamentos do Estado Democrático de Direito* brasileiro, nos termos do art. 1º de nossa Constituição, valor maior que cabe aos Princípios do Direito do Trabalho tentar preservar.

Costa e Félix (2016) afirmam que:

A cidadania em questão deve ser ativa e não apenas utópica. A real participação de todas as camadas sociais é fundamental.

Por outro lado, tal só é possível por meio da inclusão em sociedade de todos, nos exatos termos do princípio da igualdade, e não de uns sobre outros, especialmente se o fator diferencial for a orientação sexual, que está completamente ligada à vida privada de cada um. Cidadania deve ser entendida como a possibilidade de alcançar bens pretendidos e realmente participar. A exclusão da cultura LGBT por considerá-la inadequada não está de acordo com a Constituição Federal e não consolida o Estado democrático de direito

Preconceito, Exclusão, Dificuldade no acesso educacional, Indisponibilidade de vagas no mercado de trabalho, Violação de direitos, essas são as barreiras que nosso país precisa vencer para



incluir, oportunizar socialização de informações sobre a importância da diversidade de orientação sexual e de gênero dentro das organizações públicas e privadas para que possamos promover os princípios constitucionais e a responsabilidade social com este segmento social em específico.

#### **4 – Possíveis contribuições à área.**

Visando à observância dos preceitos constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito e, ainda, dos direitos humanos já estampados no ordenamento jurídico interno, é possível apresentar as seguintes hipóteses:

A tarefa do Estado na seara trabalhista não é apenas criar e aplicar leis para combater o desemprego e a proteção ao hipossuficiente. Destarte, a atuação do Estado contemporâneo deve ser de tal forma a implementar políticas públicas de caráter de inclusão no mercado formal de Apesar de alguns avanços obtidos no Direito Civil, pouca ou quase nenhuma política pública incorreu em outros aspectos sociais que controlem trabalho das novas demandas da sociedade contemporânea.

A Constituição Federal de 1988 consagra, explícita e implicitamente, diversos princípios inerentes aos cidadãos que devem ser rigorosamente observados e respeitados na esfera trabalhista, tanto na aplicação do direito material quanto processual, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e toda as conquistas dos Direitos Humanos. Desta forma, para que os cidadãos tenham tutelados seus direitos no Direito do Trabalho, torna-se de suma importância a busca de um direito que, à luz do princípio da proporcionalidade, proteja tanto o mercado como outros valores protegidos pela Constituição, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

A discriminação vem ensejando a adoção de políticas públicas que atendam à nova realidade social. a crise da sociedade moderna, que ora sofre com a omissão do Estado, ora pela edição de leis que

não atendem, de forma rigorosa, a exclusão e discriminação de uma, cada vez mais crescente, parcela da sociedade.

A Constituição Federal traz a base sobre diversos assuntos tangentes à inclusão e à igualdade no Direito do Trabalho. Cabe, pois, analisar se deixa margem para a adoção de um modelo que efetive os preceitos Constitucionais.

Com base na averiguação sobre a igualdade, acesso e direito ao trabalho é que se vincula a análise deste no Estado Democrático de Direito e suas conseqüências práticas, tangentemente a consideração da inclusão no âmbito do trabalho.

As mais diversas leis trabalhistas devem ser analisadas a fim de se concluir se a estrutura garantista constitucional vem se consolidando ao longo da evolução legislativa. Se a legislação trabalhista, frente ao mercado atual, consegue criar frentes de trabalho condizentes com os novos anseios sociais

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, dessa maneira, apresentar em torno da verificação do Direito do Trabalho, no ordenamento jurídico interno, vislumbrando a garantia de acesso e possibilidades de maior inclusão de sujeitos “marginalizados”, uma vez que não se justifica que em um Estado Democrático de Direito, onde a primazia das liberdades deve preponderar, com respeito à dignidade do cidadão, tenha por natural uma marginalização do mercado de trabalho de indivíduos punidos pela questão de gênero.

Concentra-se, ainda, ao estudo a necessidade de demonstrar de que forma o legislador pode assumir uma postura de política trabalhista coerente com a proteção dos direitos humanos, garantindo a esses sujeitos “marginalizados” as mesmas oportunidades de acesso ao mercado formal que a média do cidadão brasileiro, já que hoje nos deparamos com uma afronta aos direitos de igualdade formal constitucionalmente previstos. Assim,

na esfera jurídica, a violação de tal direito insere-se na descaracterização de princípio constitucional basilar.

As diversas normas que compõem o sistema trabalhista vêm descompassadas com os reais fins da intervenção estatal. Da mesma forma, o legislativo faz com que se adotem posturas diametralmente opostas ao atual modelo estatal. Foram alcançadas diversas conquistas históricas, como o reconhecimento dos direitos humanos, porém, o retrocesso de tais conquistas é constantemente verificado quando se trata das legislações, como as da recente reforma trabalhista, a partir da qual se permite a livre negociação, o que restringe diversas garantias e direitos constitucionais.

## REFÊRENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGGABEM, Giorgio. **Meio sem fim**: notas sobre a política. Trad. de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Para que serve a sociologia?** Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zarah, 2015.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Coleção pensamento político. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto & outros. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 19.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4.ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>>. Acesso em: 20.Jan.2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em: 20.Jan.2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 20.Jan.2018.

BUENO, Roberto. **O triunfo do estado liberal e os paradoxos da desigualdade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2002.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Welington O. S; FÉLIX. Ynes da Silva. **Desafios da homoafetividade**: uma breve aproximação da identidade LGBT com as garantias constitucionais e as formas de cidadania.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr.2006.

DEMO, Pedro. **Metodologia em ciências sociais**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2012.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa**. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Trad. Carlos

Alberto Ribeiro de Moura. Os Pensadores. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DURKHEIM, E. **Educação e sociologia**. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975

FÉLIX, Ynes da Silva ET tal. **Direitos Trabalhistas aplicáveis ao trabalhador da fronteira**. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (org). Território sem Limites Estudos sobre fronteiras, Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770.1831. **Princípios da Filosofia do Direito/ G.W.F.Hegel: tradução Orlando Vitorino**.- São Paulo: Martins Fontes. 1997. (Clássicos)

HIRATA, H.; KERGOAT, D. **Les paradigmes sociologiques à l'épreuve des catégories de sexe: quel renouvellement de l'épistémologie du travail?** In: DURAND J. P.; LINHART, D. **Les Ressorts de la mobilisation au travail**. Paris: Octarès, 2005. p. 263-272.

KOSIK, Karel. **Dialética do concreto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LAMAS, Marta. **Diferencias de sexo, Género Y Diferencia Sexual**. Distrito Federal, México: Cuicuilco, enero- abril, 2000/vol 7, número 018. Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH).

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005.

NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

NEVES, Antônio Castanheira, **Direito hoje com que sentido?** Problema atual do direito. 3 ed. Lisboa: Instituto Piaget 2012.

OIT- Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 20. Jan. 2108.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Revista de Gênero, Sexualidade e Direito. Curitiba. v. 2 . n. 2 . p. 80-94 .Jul/Dez. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas"**. Revista interesse público, Porto Alegre: Notadez, 2007.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2013**. Brasília, DF: Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1979.

YOGYAKARTA, Os Princípios de Yogyakarta. **INDONÉSIA**, 2006.



# A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MECANISMOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém<sup>1</sup>  
José Péricles de Oliveira<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A questão da efetividade da tutela jurisdicional é um processo em construção. Não restam dúvidas desde que a realização dos direitos, mormente aqueles considerados fundamentais à existência digna, é uma meta desejável por todos.

O problema atual não consiste na necessidade de reconhecimento da existência dos direitos materiais, tampouco na consciência da necessidade de protegê-los, mas na busca por mecanismos de proteção, que permitam a real e efetiva tutela.

Os direitos individuais, fincados na propriedade, no direito sucessório, de família, relações de trabalho, contratos envolvendo indivíduos, existem, são reconhecidos pelo sistema jurídico e precisam ser tutelados de forma efetiva<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) NA Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal; Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: glaucialamblem@hotmail.com.

<sup>2</sup> Advogado, Professor dos cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba e do Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva. Mestre em Constituição e Processo. E-mail: jpericles.oliveira@gmail.com

<sup>3</sup> O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira garante a igualdade perante a lei e a garantia do direito dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.



Por sua vez, os direitos sociais previstos nos arts. 6º a 11º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, moradia, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) também destinam à proteção do ser humano em sua essência, pois visam a uma melhoria de condições de existência por meio de prestações de serviço pelo Estado que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habilitação, trabalho e outros.

A Carta Magna também reconhece e tutela uma nova gama de direitos que extrapolam os limites da individualidade, oriundos da massificação das relações sociais, não mais fincados na propriedade absoluta, mas relativizada pela sua função social, na ética do consumo, no meio ambiente sustentável, na proteção ao trabalho, na tutela dos grupos vulneráveis tais como os portadores de necessidades especiais, os idosos, as crianças e adolescentes.

Neste cenário, os direitos de grande número de pessoas, denominados genericamente de direitos coletivos – interligados entre si por circunstâncias de fato ou relações jurídicas base -, são passíveis de sofrer lesões evidenciando os conflitos de massa que extrapolam os limites das regras aplicáveis aos direitos meramente individuais. Reclama-se a tutela efetiva de tais direitos (repise-se).

É indiscutível que não basta à ordem jurídica reconhecer e assegurar direitos se não disponibilizar mecanismos de efetivação, pois a ausência de instrumentos eficientes, bem como de procedimentos adequados equivale à ausência de direitos.

O processo, compartimento do Direito que instrumentaliza a concretização das regras abstratamente estabelecidas, também acompanha as alterações histórico-sociais. Nesta ótica, durante décadas houve um clamor por parte da doutrina pelo redimensionamento do sistema processual tradicional e engessado, com vistas à adequação ao contexto da sociedade atual. A compreensão das normas processuais a partir da efetividade da tutela jurisdicional confere ao legislador e ao juiz o poder-dever de criar e interpretar a norma jurídica adequada à tutela do direito material.

A atual Constituição Federal (1988) prevê normas que influenciam o ramo do direito processual, com a finalidade de melhorar a prestação da tutela, imprimindo celeridade, efetividade e, por consequência, alcançar a pacificação social com justiça.

Por via de consequência, é conveniente a existência de instrumentos processuais hábeis à proteção daquelas situações, bem como meios de efetivar tais direitos já reconhecidos pelo sistema jurídico. Diversos são os desafios para a concretização dos direitos materiais por meio da tutela jurisdicional e, não raro, tornando moroso, caro e com decisões conflitantes.

A necessidade de fomento à pesquisa de mecanismos processuais, destinados à efetivação da tutela jurisdicional aos direitos fundamentais disponíveis na legislação e a busca incessante dos estudiosos para criar meios de tutela efetiva são temas atuais que não podem ser ignorados.

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015 criou novos institutos, procedimentos e reestruturou outros já existentes, denotando a especial preocupação do legislador em promover a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos humanos individuais e coletivos.

Neste ensaio, não há espaço para discorrer de forma abrangente e aprofundada sobre todos os mecanismos processuais novos trazidos pelo novo código de processo civil ou por ele modificados. O propósito de relacionar os novos ou modificados mecanismos processuais previstos no novo Código de Processo Civil brasileiro é de promover reflexão e debate. Questiona-se se referidos instrumentos conferem efetividade à tutela jurisdicional dos direitos materiais fundamentais, individuais ou coletivos.

## **1. Tutela jurídica dos direitos**

A expressão “tutela jurídica” possui duplo sentido que abrange dois planos distintos, segundo ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (1996, p.61): o plano estático, de um lado,

fixando preceitos abstratos para regular o convívio social, por meio de enunciados de direito material e de outro, o plano dinâmico, desenvolvendo atividades destinadas à efetivação de tais preceitos.

Destarte, a “tutela jurídica” é abrangente, representando gênero da proteção prestada pelo Estado, no âmbito administrativo, pela via das normas de direito material ou pelo exercício da jurisdição, cada qual uma espécie. Também Luiz Guilherme Marinoni afirma que a expressão “tutela dos direitos” é gênero da qual o conjunto de normas de direito material e a tutela jurisdicional são espécies (2008, p.113).

Aceitando-se esta classificação, a tutela jurisdicional é a espécie de amparo conferido pelo Estado a um direito, bem ou situação da vida, pela atuação do Poder Judiciário, mediante o exercício da jurisdição.

José Roberto dos Santos Bedaque simplifica o conceito, afirmando que “tutela jurisdicional é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial” (2006, p.36).

Para Alexandre Freitas Câmara, a “tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem” (2008, p.81).

A proposta de estudo deste breve ensaio liga-se diretamente ao plano dinâmico da tutela jurídica, na medida em que tem por campo de atuação a tutela jurisdicional, mas indiretamente ao plano estático, na medida em que o fenômeno da efetividade daquela tem por objetivo a concretização daquela.

## **2. Efetividade da tutela jurisdicional**

A efetividade da tutela jurisdicional é tema recorrente entre os legisladores doutrinadores, juristas e demais operadores do direito. A tentativa de alcançar efetividade da tutela jurisdicional é fruto da

ambição de todos. O “processo de resultados” tem despertado o interesse não apenas dos juristas, mas também dos legisladores, na busca de alternativas satisfatórias.

A doutrina moderna tem compreendido a efetividade da tutela jurisdicional a partir dos resultados obtidos pelo processo no plano do direito material, por meio da atuação da jurisdição.

Destarte, efetividade da tutela jurisdicional pode ser compreendida como o acesso à ordem jurídica justa ao titular de um direito material, em cada caso concreto, utilizando técnicas adequadas em tempo razoável.

O jurisdicionado anseia pela efetividade no sentido de ver seu direito material realizado ou ressarcido, com a maior brevidade possível, com o dispêndio do menor esforço, dispondo de instrumentos adequados.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado” (2009, p.267). Isto porque o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é “um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento” (2009, p.267).

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem como pressuposto o acesso à ordem jurídica, consagrado no art.5º, XXXV, da Constituição Federal, significando que a todos é garantido, não apenas o ajuizamento de ações, mas também a prestação jurisdicional adequada e tempestiva (1997, p.66).

Não há como falar em “devido processo legal” desconectado de efetividade, haja vista que o processo apenas é devido, com intenções e mecanismos de concretização de direitos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Senado Federal).

Nesta perspectiva, o conceito de efetividade da tutela jurisdicional deve estar presente desde a criação da norma processual, quando o legislador deve ter como princípio a realização da tutela prometida pelo direito material, instituindo procedimentos e técnicas processuais adequadas a conferir a almejada efetividade<sup>5</sup>.

As garantias se traduzem em remédios processuais para a defesa dos direitos materiais individuais e coletivos. A pessoa lesionada em seus direitos poderá buscar o restabelecimento do estado anterior ou sanar a violação, por meio da tutela jurisdicional.

### **3. A questão da efetividade da tutela jurisdicional no CPC de 1973**

O Código de Processo Civil de 1973 já não atendia aos anseios da sociedade contemporânea, cujos litígios estão em constante transformação. Vale ressaltar que o contexto da sociedade vigente ao tempo em que o Código anterior que foi escrito era de demandas predominantemente individuais, situação que refletia em suas normas, em contraposição à realidade atual, de intensa litigiosidade coletiva e pulverização de demandas de massa.

Sensível a essa realidade, o legislador brasileiro prescreveu novos princípios e diretrizes na Constituição de 1988 que deveriam ser seguidas pelo processo civil o que abriu portas para o movimento denominado acesso à justiça. Notabiliza-se o artigo 5º, inciso XXXV, princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e ainda o inciso LXXVIII, que cristaliza o princípio da razoável duração do processo.

---

<sup>5</sup> “Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Senado Federal).

Nas últimas décadas do século passado e, mais acentuadamente, após a promulgação da atual Constituição Federal, o Direito Processual Civil brasileiro sofreu profundas alterações<sup>6</sup>. Nota-se que a modernização caminhou no sentido de reduzir o excesso de formalidade, imprimir celeridade, enfim, proporcionar o máximo de efetividade, oferecendo uma tutela jurisdicional adequada.

Para alcançar este objetivo, tutelas diferenciadas passaram a ser oferecidas, valorizando técnicas de sumarização, acrescentando hipóteses de antecipação do provimento final, além de previsão legal de mecanismos que possibilitem a tutela específica e atuação eficaz do juiz por meio de providimentos executivos *lato sensu* e de natureza mandamental.

Ainda com o mesmo propósito, o procedimento ordinário foi sensivelmente simplificado; o procedimento sumário foi adotado para causas de menor valor e para determinadas matérias; a tentativa de conciliação das partes foi valorizada no processo brasileiro, devendo ser obrigatoriamente promovida no início da audiência de instrução e julgamento.

Na década de 1990 inúmeras leis se ocuparam de alterar o texto do Código de 1973, todas com o declarado propósito de simplificar seus procedimentos, com vistas a imprimir maior celeridade na solução dos litígios, e de, sobretudo, conferir ao processo uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Percebe-se que as alterações tanto do Código de Processo Civil quanto da Constituição ocorreram, tendo por finalidade propiciar

---

<sup>6</sup> “O Código vigente de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições”. (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Senado Federal).

efetividade à tutela dos direitos, entendida esta sob o enfoque da celeridade e segurança jurídica.

Verifica-se que as referidas alterações retratam a nova face da prestação jurisdicional e estão comprometidas com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo preceitua a Carta Magna.

Disso resultou um novo retrato do processo civil brasileiro, modernamente sintonizado com a impressão da instrumentalidade, atribuindo maiores poderes ao juiz, atuante na missão de oferecer o máximo de tutela ao direito material por meio do processo, acentuando a característica de instrumentalidade do processo na busca da ordem jurídica justa.

As normas não podem ignorar a consagração da nova concepção constitucional do direito de ação, segundo o qual o acesso à justiça deve ser capaz de proporcionar ao jurisdicionado a máxima utilidade, caminhando ao lado dos direitos materiais consagrados, munindo-se de técnicas processuais adequadas, simplificando procedimentos e promovendo a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional<sup>7</sup>.

As mudanças no âmbito da tutela dos direitos individuais foram profundas, retratando a nova face da prestação da tutela jurisdicional, comprometida com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo preceitua a Carta Magna.

Ainda que louvável a criação e aprimoramento de referidos mecanismos no seio do Código de Processo Civil de 1973, o clamor social contra a inefetividade do processo continuou, levando o legislador à criação de um novo Código de Processo Civil. Neste cenário, entrou em vigor a Lei 13.105/2015 em março de 2016.

---

<sup>7</sup> A consequência deste novo cenário é descrito pelo mestre ARRUDA ALVIM: “Com isto o processo vem ganhando um novo sentido, qual seja, além de o Processo Civil ser matéria de Direito Público, vir a ser encarado como um instrumento, menos de ordem *nominal* ou *formal*, senão como um instrumento que, cada vez mais, é concebido e tratado como visando a uma *efetiva* realização da Justiça” (1990, p. 106).

## 4. Cenário do novo Código de Processo Civil

### 4.1. Linhas gerais

Os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015, embora em muitos aspectos, apresente alterações significativas, ora de cunho procedimental, ora nos institutos processuais, não evidencia uma ruptura integral com o CPC por ele revogado.

Não representa um código reformado, haja vista a manutenção, ainda que aperfeiçoados dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas mencionadas no tópico anterior, mas sim, um Código novo. Assim, além de conservar os institutos cujos resultados foram considerados positivos, incluíram-se no sistema outros tantos com o objetivo declarado pela comissão de jurista de “atribuir-lhe alto grau de eficiência”.

### 4.2. Tratamento jurídico dos prazos processuais

Em linhas gerais, pode-se afirmar que houve acentuada alteração nos prazos processuais, na medida em que o art. 219 do CPC/2015 determina a contagem de prazo em dia, quando



estabelecido por lei ou pelo juiz, seja feito computando-se apenas os úteis.

Além disso, com vistas a dar tratamento uniforme a atos processuais semelhantes, vários prazos foram alterados, especialmente quanto aos recursos. Veja que o prazo para interpor e responder os recursos foram unificados em 15 dias<sup>8</sup>, a exceção dos embargos de declaração, que continua sendo de 05 dias o prazo para interpor e responder, tal qual dispunha o Código revogado<sup>9</sup>.

Essa paridade de tratamento também ocorreu em relação aos procedimentos especiais, que, em linhas gerais, tiveram os prazos unificados em 15 dias, conforme se pode verificar das ações de exigir contas<sup>10</sup>, ação de divisão<sup>11</sup> e demarcação<sup>12</sup> de terras, ação de

---

<sup>8</sup> Art. 1.003, § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

<sup>9</sup> Art. 1.023. Os embargos serão oposto, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada

<sup>10</sup> Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Prestadas as contas, o autor terá 15 (quinze) dias para se manifestar, prosseguindo-se o processo na forma do Capítulo X do Título I deste Livro.

§ 5º A decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

§ 6º Se o réu apresentar as contas no prazo previsto no § 5º, seguir-se-á o procedimento do § 2º, caso contrário, o autor apresentá-las-á no prazo de 15 (quinze) dias, podendo o juiz determinar a realização de exame pericial, se necessário.

<sup>11</sup> Art. 592. O juiz ouvirá as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias.

Art. 596. Ouvidas as partes, no prazo comum de 15 (quinze) dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, o juiz deliberará a partilha.

<sup>12</sup> Art. 577. Feitas as citações, terão os réus o prazo comum de 15 (quinze) dias para contestar.

Art. 586. Juntado aos autos o relatório dos peritos, o juiz determinará que as partes se manifestem sobre ele no prazo comum de 15 (quinze) dias.

dissolução parcial de sociedade<sup>13</sup>, inventário<sup>14</sup>, embargos de terceiro<sup>15</sup>, procedimentos de jurisdição voluntária<sup>16</sup>, dentre outras.

---

<sup>13</sup> Art. 601. Os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 (quinze) dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação.

<sup>14</sup> Art. 623. Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos incisos do art. 622, será intimado o inventariante para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender-se e produzir provas.

Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações.....

Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.

Art. 629. A Fazenda Pública, no prazo de 15 (quinze) dias, após a vista de que trata o art. 627, informará ao juízo, de acordo com os dados que constam de seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações.

Art. 635. Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que as partes se manifestem no prazo de 15 (quinze) dias, que correrá em cartório.

Art. 641. Se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de os conferir, o juiz, ouvidas as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias, decidirá à vista das alegações e das provas produzidas.

§ 1º Declarada improcedente a oposição, se o herdeiro, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, não proceder à conferência, o juiz mandará sequestrar-lhe, para serem inventariados e partilhados, os bens sujeitos à colação ou imputar ao seu quinhão hereditário o valor deles, se já não os possuir.

Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

Art. 652. Feito o esboço, as partes manifestar-se-ão sobre esse no prazo comum de 15 (quinze) dias, e, resolvidas as reclamações, a partilha será lançada nos autos.

<sup>15</sup> Art. 679. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.

<sup>16</sup> Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

Evidente que isso significa um grande avanço do processo, na medida em que passou a dispensar tratamento isonômico às situações processuais. Mesmo porque nada justificava o tratamento diferenciado previsto no código revogado.

#### 4.3. Condições da ação no novo Código de Processo Civil

Além da unificação dos prazos processuais o novo Código de Processo Civil requer do jurista uma releitura das condições da ação e sua aplicabilidade ao processo, a fim de averiguar se o legislador manteve o instituto inalterado, se apenas estabeleceu nova classificação daquilo que integra as condições, ou, ainda, se acabou com os referidos requisitos para se ajuizar uma ação.

O Código de Processo Civil de 1973 consagrava a teoria das condições da ação, dividindo-a em “possibilidade jurídica do pedido”, “legitimidade das partes” e “interesse processual, conforme se pode verificar do revogado art. 267, VI.

No código atual não há referência expressa às “condições da ação” nos dispositivos que disciplinam o indeferimento da inicial e nem nas hipóteses de julgamento sem resolução do mérito. Ao invés disso, os dispositivos que tratam dos casos de indeferimento da petição inicial<sup>17</sup> e do julgamento sem resolução de mérito<sup>18</sup>, ao tratar do assunto, alocam entre as hipóteses apenas a legitimidade e o interesse processual.

Partindo-se do que está escrito no Código, poder-se-ia chegar a duas conclusões distintas. A primeira é que o legislador não reconhece a “possibilidade jurídica do pedido” como condição da ação, na medida em que ou ela está inserida dentre o rol das causas de improcedência liminar do pedido, ou é reservada para tutela

---

<sup>17</sup> Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

II – a parte for manifestamente ilegítima;

III – o autor carecer de interesse processual;

<sup>18</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

jurisdicional final que resolve o conflito de interesses, posto trata-se de questão que demanda análise de mérito.

Nesse caso haveria uma nova classificação das condições da ação, de modo que estas seriam apenas duas, a legitimidade das partes e o interesse de agir. Então, a classificação trinarria estaria abolida, para excluir uma das condições da ação, adotando-se, a partir de agora apenas as hipóteses em comento como prejudiciais ao julgamento do mérito da causa, na categoria em estudo.

A segunda conclusão admissível é de que o legislador não reconhece as condições da ação como causas prejudiciais ao processo, pois aquilo que historicamente foi concebido com tal, na verdade trata-se de questões que se confundem com a análise de mérito da causa, e não pode ser alocado entre as hipóteses que levam ao julgamento sem resolução de mérito.

Isso porque, as condições da ação, tal como concebida pelo direito brasileiro, oriunda das lições de Enrico Tulio Liebman, já encontrava resistência ainda quando em vigor o código anterior. Adverte Didier Jr (2015, 304), que mesmo “adotada, expressamente pelo CPC-73, nem por isso deixou de ser alvo de severas críticas”.

Os críticos à teoria das condições da ação sustentam que no julgamento da causa, ou o julgador adota questões de ordem processual ou faz a análise do mérito da ação. Então, se há apenas “dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito)”, como ensina Didier Jr (2015, 305), “só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar”.

De acordo com o renomado processualista, a teoria das condições da ação, tal qual concebida pelo direito brasileiro, sob a vigência do código revogado não pode ser aceita, pois implicaria na criação de uma terceira espécie de questão a ser examinada pelo julgador.

Porém, isso não significa dizer que estão eliminadas do processo civil moderno a “possibilidade jurídica do pedido”, a “legitimidade para a causa” e o “interesse de agir”. Por certo que

elas se mantêm, mas com outra roupagem diversa de “condições da ação”. A possibilidade jurídica do pedido e a legitimação ordinária seriam incluídas nas questões de mérito. A legitimação extraordinária e o interesse de agir passam a ser examinadas como pressupostos processuais.

Portanto, o código vigente não acabou com as questões conhecidas como condições da ação. O que o legislador fez, afirma Didier Jr (2015, 305), foi eliminar o conceito “condições da ação”. Veja que “aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão julgador ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido”. Mas essa análise não será mais incluída como terceiro gênero de questão apreciável pelo julgador, mas sim como questão de mérito ou como questão processual (pressuposto processual).

Nessa ótica, é possível inferir que o novo Código de Processo Civil, ao fazer referência expressa à legitimidade, considerou apenas a legitimação extraordinária, de modo que, junto com o interesse processual foi classificado como pressuposto processual, e não como condições da ação.

#### 4.4. O negócio jurídico processual

O negócio jurídico processual não é novidade no ordenamento jurídico. Porém, segundo ensina Redondo (2016, 228), sob a égide do Código de 1973, a autonomia da vontade para convenções sobre procedimento encontrou espaço bastante limitado. Trilhando caminho mais amplo, o CPC/2015 alarga o campo de disposição contratual das regras do processo, permitindo que as partes fixem o procedimento a ser adotado em um eventual processo envolvendo os transatores, ou mesmo modifiquem o procedimento legal, de forma antecedente ou incidental.

Além da cláusula de eleição de foro (art. 63) e da convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º), o NCPC prevê várias outras hipóteses de negócios processuais típicos, em que as

partes podem estabelecer a forma de se praticar o ato processual, tais como: fixação de calendário processual (art. 191); renúncia pela parte ao prazo estabelecido em seu favor (art. 225); suspensão convencional do processo (art. 313, II); o saneamento, a organização consensual do processo e a delimitação dos fatos que serão objeto da prova (art. 357, § 2º); o adiamento consensual da audiência, (art. 362, I); escolha do perito por acordo mútuo (art. 471); a convenção sobre a escolha do arbitramento como forma de liquidação da sentença (art. 509, I); a desistência do recurso (art. 999).

Além das hipóteses legais acima elencadas, outras podem ser objeto de negociação processual. Sem esgotar as situações, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seus enunciados nº 19, 21, 254, 262, 490 e 491 admite a convenção das partes para dispor dos seguintes negócios processuais: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal; acordo para realização de sustentação oral; acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; julgamento antecipado do mérito convencional; convenção sobre prova; redução de prazos processuais; convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem

jurídica; acordo para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença; pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II); pacto que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo.

Logicamente que estes são apenas exemplos, na medida em que o legislador não restringiu as situações de negociação processual. Somente não será admitido o negócio jurídico processual no caso de ofensa a algum dos seus requisitos: disponibilidade do direito, capacidade das partes e não vulnerabilidade dos transatores. O pacto também não poderá ofender norma processual de ordem pública. Por isso o Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis entende que não cabe negociação processual para modificação da competência absoluta, para supressão da primeira instância, para afastar motivos de impedimento do juiz, para criação de novas espécies recursais, para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

#### 4.5. Isonomia e segurança jurídica

Em busca da celeridade processual, o novo Código de Processo Civil apresenta como pedra angular de sua construção normativa o respeito ao princípio da segurança jurídica. Os órgãos judiciais devam dar tratamento isonômico aos jurisdicionados, impondo ao Poder Judiciário a obrigação de dar decisões uniformes a conflitos de interesses semelhantes.

Vários são os artigos do novo Código de Processo Civil que trilham esse caminho, especificamente o art. 927 ao firmar a

obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem os precedentes judiciais.

A título de exemplo, a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987); do incidente de assunção de competência (rt. 947); e do recurso especial e extraordinário repetitivo (arts. 1.036 a 1.041).

Vale ressaltar o disposto no art. 489, § 1º, que dispõe sobre o dever do julgador de motivar sua decisão, elencando várias hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada. Tudo isso com vistas à garantia de que todos os jurisdicionados sejam tratados de maneira igualitária.

O novo Código de Processo Civil, embora não tenha disciplinado expressamente as ações coletivas, tentou tratar de forma mais adequada a litigiosidade coletiva, por meio de mecanismos processuais que pretendem trazer efetividade à tutela jurisdicional aos direito materiais irrealizados, ameaçados ou lesados.

São vários os dispositivos que denotam essa preocupação do legislador, a título de exemplo: a) expressa remessa ao sistema da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, quando houver diversas demandas individuais repetitivas, conforme dispõe o art. 139, X; b) previu o incidente de resolução de demandas repetitivas no art. 976 e seguintes, bem como aplicação da tese jurídica fixada no IRDR a processos individuais e coletivos (art. 985); c) alargou a atuação do Ministério Público nos litígios coletivos que envolvessem a posse de terra rural ou urbana, nos termos do art. 178, III; d) nos casos de reconhecimento de repercussão geral, previu a suspensão dos processos individuais, conforme art. 1.037, II; e, de acréscimo, havia previsto também a hipótese de conversão da ação individual em coletiva, matéria que acabou vetada pelo Poder Executivo (art. 333).

Essa nova roupagem do Direito Processual Civil origina-se do fenômeno da interpretação dos institutos processuais à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, bem como a



irradiação de valores constitucionais sobre o processo, a efetividade dos princípios constitucionais processuais, a ascensão dos princípios da colaboração e da cooperação das partes e do juízo, e o desenvolvimento dos poderes instrutórios do juiz na busca pela verdade real. Enfim, a democratização do processo, o ideal de processo como meio de efetivação da tutela dos direitos humanos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O processo inaugurado com o CPC/2015 pretende dar tratamento adequado às situações jurídicas, para proteger o direito material do indivíduo ou da coletividade de maneira ágil, eficaz e igualitária. Com isso pode-se concluir que o código vigente não trouxe apenas um conjunto de regras aplicáveis ao processo para modificar a sistemática do procedimento. Ele foi muito além disso, inaugurando uma nova ordem processual, que deverá cumprir com mais eficácia seu objetivo de aplicar a lei ao caso concreto.

Os institutos criados pelo legislador no texto da Lei nº 13.105/2015 demonstram a preocupação do código em atingir a finalidade maior do processo que é fazer justiça, dando proteção jurídica a quem necessita da tutela do Estado.

Esta preocupação mostra-se convergente com o conceito de processo, elaborado a partir de seu objetivo: “processo é instrumento de pacificação social”, destinado a solucionar a lide e restaurar a paz social perturbada pelo conflito de interesses. Então, a finalidade do processo somente será atingida, se o mérito da lide for resolvido por meio da tutela jurisdicional. Nessa linha de pensamento, questões processuais devem ceder frente a necessidade de se proferir decisão de mérito que resolva o conflito de interesses.

Assim, um processo burocrático e repleto de formalismos exacerbados não está em consonância com seu objetivo. Aquela visão de processo que prestigia a forma em detrimento do direito

que se busca alcançar pela via jurisdicional deve ser abolida. Não se está advogando pela exclusão total das formas, na medida em que haveria ofensa ao devido processo legal, que disciplina, antecipadamente as regras do jogo.

O que o CPC/2015 pretende é mitigar, tanto quanto possível, o formalismo processual desnecessário, sempre que não houver evidente ofensa ao contraditório, ampla defesa ou qualquer norma inafastável.

Com essa nova forma de fazer processo, o legislador pretende atingir aquilo que se espera de um processo justo, célere e igualitário. Onde se possa aplicar o direito material, de maneira efetiva a todos os casos de ameaça ou lesão a direito, possibilitando uma tutela jurisdicional de mérito, quer seja no juízo de 1º, 2º ou 3º Grau.

Lógico que essa supremacia do direito material sobre o processual, como um dos pilares da efetividade do processo somente será atingida se todos aqueles que participam da ação, especialmente os órgãos do Poder Judiciário estiverem convencidos de que o CPC/2015 trilhou o caminho da busca pela efetiva solução da lide, que deve ser perseguido pelo julgador.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17.ed. v.I. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Vo. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo nº81**, ano 21, São Paulo, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

NELSON JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais**. In WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do Novo Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Terres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC. Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JR, Hermes (coord.). **Processo Coletivo. Coleção Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

# CRIMINOLOGIA CRÍTICA E ESTADO DE DIREITO: PÂRAMETROS PARA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Isael José Santana<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A criminologia é uma área ainda pouco estudada nas universidades de direito, com viés de reflexão sobre os procedimentos que levam à intervenção do Estado na esfera da liberdade do cidadão, mesmo que não seja a supressão da liberdade, pois outras penas existem. Há, também, uma intervenção do Estado na esfera dos direitos do indivíduo, haja vista que o mero processo penal já pode ser considerada uma pena antecipada, em especial para o inocente.

É preciso pensar que o Estado se construiu ao longo dos tempos e sua finalidade é o “uso” das instituições para fins de garantia de classes, ou talvez possamos dizer que houve um fracasso das promessas da modernidade e do *Welfare States*, ou, ainda, somente se institucionalizaram as classes dominantes sob a farsa de tais propósitos.

Nesse sentido, a criminologia se apresenta como uma filosofia que busca entender os porquês e como se dá a ideia de justiça e de entorno da criminalidade, não bastando apenas a norma positivada e distante dos fatos e da realidade, a qual faz parte de uma visão distorcida de sociedade.

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica), e docente dos cursos de graduação em Direito e Ciências Sociais e das especializações em Direitos humanos, Educação e em Segurança Pública da UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul); líder do grupo de estudos CNPq “Criminologia Crítica: diálogos interdisciplinares e-mail:leasijs@hotmail.com

A seleção dos cidadãos a serem apenados é tão notória como ignorada, pois o que se deseja é a proteção dos “bons”, ainda que essa bondade não provenha de uma natureza rousseana, mas dos meios de se atingir as benesses de um Estado construído pela ação deslegitimadora da condição de igualdade, senão de humanidade para justificar a acumulação.

Podemos observar que a *prima face* de um direito construído por séculos estampa a crueldade das penas, que jamais foram humanizadas e, sim, apoiaram-se na mais antiga *vendeta*, com argumentos de igualdade que nunca se estabeleceram como realidade, senão como fator de explícita separação entre os que detêm poder e dinheiro e aqueles a quem se destina a lei.

Nessa lógica, é desejado que, com a criminologia, se possa pensar todo processo que não é somente de natureza criminal, mas, sim, passa por políticas sociais e de um lugar destinado a se opor às correntes que focam na repetição de um direito que poderia questionar-se frente a que cidadão ele serve e de quem se serve.

### **Reflexões a cerca do processo social e do Estado de direito**

O longo processo de uma suposta evolução nas esferas do direito é um fato, assim pode ser observado em todas as literaturas existentes que vão do Código de Hamurabi à Revolução Francesa, pautadas em lutas incontestáveis, por vezes quixotescas, na garantia da aplicação de um direito que, não raro, sequer estava posto no ordenamento de forma positivada.

Essa longa trajetória pode e deve ser motivo de referência na maioria das menções em trabalhos científicos e que não mudam muito, pois apenas se referem a ela para nos dar a certeza de que evoluímos na humanização do sistema de punição e que somos mais “civilizados”.

Quando nos referimos aos direitos humanos, eles são um processo histórico, assim como seus conceitos e pré-conceitos que foram trazidos de uma tradição nem sempre alinhada a preceitos

de liberdade, mas, pelo contrário, que segue a vestimenta do poder branco e autoritário e mais alguns adjetivos que não são necessários mencionar, bastando a leitura da história, ainda que ela seja contada pelos vencedores.

Esse sujeito histórico aprendeu tudo o que é e nem sempre isso significa que aprendeu na tradição libertária, mas na fundamentação do punitivismo e, por ele, entendam-se todas as formas, das mais simples as mais sofisticadas, de impor ao outro sofrimento, quando não a si mesmo, por meio da culpa.

Por vezes se referem a períodos anteriores, quando a força era eficaz, pois o medo ensina a respeitar a força e não o direito. Sendo assim, a violência, em qualquer de suas formas, torna ilegítima a condição de cidadão. Nem mesmo a violência institucionalizada, quando não fundamentada no interesse de quem se submete à sanção, não tem qualquer sentido lógico nem pode ser amparada pela norma escrita que, como se pode observar, muda com o tempo e perde sua eficiência ou função.

Nesse aspecto, temos a irrefletida aplicação da pena, bastando o hiato da violação do direito posto e a cominação da sanção ali prevista, aceita e, como podemos observar, com desejo de aumento de lapso temporal, como se essa fosse uma solução. Jamais se observou, como Thompson, que na história das prisões ela ressocializou qualquer um que tenha passado por ela. Embora possa parecer radical a afirmação do autor, que fazemos nossa, a ressocialização, que já é um termo que merece debates, como se verá a seguir, não se deu em razão da exclusão da liberdade; fatores outros desconsiderados são determinantes para a não reincidência ou, pelo menos, a não persecução do Estado de forma efetiva.

Votamos ao tema da ressocialização. Parece-nos que o sujeito sob a tutela do estado estava dessocializado, ou seja, quem não cumpre a lei é um dessocializado, neste caso, somos todos, nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, e, dessa forma, não é a retirada da liberdade que trará a socialização. Explica-se que a

ideia de crime enquanto lesão a um bem juridicamente protegido é factual, ou seja, não importa para denominação de criminoso se o crime possui maior ou menor potencialidade, como gostam os processualistas dogmáticos, mas o crime é crime.

Nessa esteira de pensamento, todas as infrações denominam o criminoso: desde o direito autoral da música indevidamente baixada da internet; o livro copiado em sua integralidade; até o recibo do dentista ou médico. Para não alongarmos a lista, apenas dizemos que todos são igualmente criminosos e devem se submeter às regras da lei (outro ponto a ser observado em breve), em que pesem as justificativas da má aplicação dos impostos, ou da necessidade da leitura. Assim, há também a teoria da justificação para todos os ilícitos penais, mas em regra nós suportamos os dos colarinhos brancos silenciosamente, e absorvemos os praticados por nós e os nossos, mas não suportamos os dos demais, desejando mesmo o sangue purificador deste sujeito submetido às masmorras do nosso sistema penitenciário.

Nossa distorcida visão de pena está mais ligada à perda do senso comum, da qual Hannah nos alertou há tantas décadas e que, retomado por Bauman em sua série de liquidez das relações e do distanciamento dos sujeitos de sua comunidade, não é o afeto que se torna líquido: são, como diz o autor, os laços. Logo, se deseja o próximo o mais distante possível.

Quando a filósofa alemã diz que perdemos o outro e, com isso, nos fechamos no isolamento da sociedade, enclausurando o espaço público e transformando a “condição humana” em mero processo de aproveitamentos e interesses particulares, se sobrepondo ao da comunidade, o homem *faber*, o animal laborando não tem outro aspecto que não seja proteger o pouco que tem, ainda que tenha muito numericamente, pouca a proteção que o sistema pode lhe assegurar, é apenas um ingênuo sob os muros que mais o encarceram que o libertam do seu patrimônio; tornou-se escravo por opção, ainda que esta condição seja igualmente não refletida, apenas uma sequência da vida na qual se repetem os processos da

acumulação com diferencial das pessoas, embora não o seja, estatuídos na forma de pensar das sociedades ditas modernas.

Nessa proteção da acumulação nasce a lei que é feita por alguns para alguns, e isso é incontestado, pois quem determina o que deve ser protegido são alguns que fazem parte de uma casta histórica. Não é preciso conhecer profundamente história, mas uma breve observação do que ela é e de como foi constituída, pela força dos que detinham o poder, de modo que esse poder sempre se manifestou pelo excesso, o que não nos é diferente; estamos apenas dando uma aparência de humanidade na exclusão e tortura dos que não fazem parte deste grupo, e na mesma linha de pensamento pode-se olhar a história e ver como eles são poucos e continuam sendo, protegendo seus bens e seus pequenos grupos em detrimento da imensa massa de desvalidos.

Ao recorrermos a Tercio Sampaio, temos clara essa questão histórica:

Juridicamente, o meu e o teu, o nosso e o deles passam a ser organizados mediante espaços captados, concebidos abstratamente sob o título de *propriedade: direito* de propriedade. Ou seja, aos olhos do *homo faber*, a força do trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nessa sociedade, na sociedade dominada pela ideia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz (se *fabrica*). É a identificação do *jus* com a *lex* (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 460).

Ainda nesse caminho, Alyson Máscaro pontua:

O processo de constituição das formas, no entanto, é necessariamente social, histórico e relacional. É por meio de interações sociais que elas mesmas se formalizam. São as trocas concretas que ensejam a sua consolidação em formas sociais correspondentes. Com isso, quer-se dizer que as formas sociais não são preexistentes a quaisquer relações, como se fossem categorias do pensamento. Os mecanismos sociais que operam às costas da consciência dos indivíduos são também resultantes de relações concretas dos próprios indivíduos, grupos e classes. As formas são imanentes às relações sociais. E às diferentes interações sociais correspondem também formas sociais específicas, mutáveis historicamente. No capitalismo, é a generalização das trocas que constitui uma forma econômica correspondente, a forma-



mercadoria. Tal forma, posteriormente, configura a totalidade das relações sociais – o dinheiro, a mensuração do trabalho, a propriedade e o mais-valor, o sujeito de direito e a própria política. Se a forma-mercadoria é constituinte da realidade capitalista, ela é constituída pelas interações sociais que estão na base dessa mesma realidade. Assim, a forma não é uma ferramenta que constitui o mundo a partir de uma operação mental. Não advém de causas externas à sociabilidade. Pelo contrário, é da materialidade dessa mesma sociabilidade que se consolida. A forma não é um *a priori* da razão. É verdade que ela chega ao pensamento, generalizando um tipo raciocínio e valoração de indivíduos, grupos e classes. Numa sociedade capitalista, a identidade de tudo com tudo é mercantil, e poder-se-ia dizer então, no limite, que a própria noção lógica e mental de identidade remonta a alguma espécie de intercâmbio de objetos e pessoas como mercadorias. A própria operação de reciprocidade de objetos distintos se faz ou se completa, como pensamento, a partir da constituição de relações sociais como a do dinheiro. Como exponenciação de interações materiais concretas, a noção de forma social sempre advém de relações específicas historicamente. A forma não é um constructo eterno ou atemporal. Pelo contrário, representa uma objetivação de determinadas operações, mensurações, talhes e valores dentro das estruturas históricas do todo social. Portanto, em sociedades capitalistas, pela forma-valor referenciam-se os atos econômicos e a constituição dos próprios sujeitos de direito, que assim o são porque, justamente, portam valor e fazem circular. A forma social não é uma fôrma inflexível e imutável, na medida em que se faz e é refeita numa rede de relações sociais (MASCARO, 2013, p. 21-22).

Em brevíssima síntese, somos produtos deste processo social em que estamos inseridos e um produto um tanto quanto desgastado, pois fundado na impossibilidade de pensar-se e, assim, pensar o coletivo. Somos, então, apenas uma repetição dos projetos dos “homens de bens”, brancos, proprietários, machistas, religiosos e exploradores da força e bens alheios, sejam eles quais forem.

Assim é construída a lei, e pressupõe que saibam que um determinado lapso temporal é o necessário a fim de o sujeito infrator, aos olhos de quem construiu o bem juridicamente protegido, na forma de se resguardar, como se determinou que determinada violação a essa lei que não consagra, em regra geral, o bem-comum, é o bastante para que o sujeito esteja apto a voltar à sociedade livre. Sim, sociedade, pois o sistema também se faz

presente no tempo em que nela se permanece e tem expandido suas formas de organização.

Crime X, pena Y: qual a fundamentação do lapso temporal desta pena? Quem determinou que esta seria o tempo necessário? Reafirmando que ela nunca atingiu seu objetivo, usando o mesmo argumento, afinal, se acredita e se exige a aplicação da lei, pois ela deve ser cumprida e não destinada apenas ao cidadão, explico:

O Estado, e voltaremos a sua origem com Maquiavel (palavra), efetiva as leis e submete-se a elas, mas não as cumpre, haja vista que ignora seus deveres e, em contrapartida, exige que o cidadão cumpra com os seus. Sobre isso, já lecionava Jean Paul Marat:

[...] de tal modo que, examinando os laços da sociedade, é preciso admitir um pacto entre seus membros. Direitos iguais, vantagens recíprocas, socorros mútuos: eis aqui quais devem ser seus fundamentos. Liberdade, justiça, paz, concórdia, felicidade: eis aqui quais devem ser seus frutos. Contudo, quando consulto o histórico dos povos, tirania de um lado e servidão do outro são as únicas coisas que, sob todas as formas possíveis, se apresentam ante meus olhos. É verdade, dirá alguém. Mas depois da invasão, o poder se tornou legítimo e o direito sucedeu a violência (MARAT, 2008, p. 72).

O mesmo autor vai denominar que o Estado que não supre a necessidade de seus membros é, de alguma forma, corresponsável pela ação perpetrada, afinal, o abismo social no qual se vive a necessidade pode ser tornar meio para que se possa sobreviver, e não estamos falando de viver, mas sobreviver.

Alguns embasarão suas retinências abordando as possibilidades de se submeter à extrema exploração como se fossem naturais as mencionadas diferenças sociais. Aqui lembramos Rousseau: as desigualdades são naturais, todas as demais são convenções, e, conforme abordado, convenções criadas por alguns, em princípio, com a força física, posteriormente lhe é dada uma viés de legalidade, mas é preciso lembrar que a legalidade nada mais é do que normas criadas para dizer o que é aceito pelo sistema.

Este Estado é bem mencionado por Foucault:

Sabemos que fascínio exerce hoje o amor pelo Estado ou o horror do Estado; como se está fixado no nascimento do Estado, em sua história, seus avanços, seu poder e seus abusos etc. Essa supervalorização do problema do Estado tem uma forma imediata, efetiva e trágica: o lirismo do monstro frio ante os indivíduos; a outra forma é a análise que consiste em reduzir o Estado a um determinado número de funções, como por exemplo ao desenvolvimento das forças produtivas, à reprodução das relações de produção, concepção do Estado que o torna absolutamente essencial como alvo de ataque e como posição privilegiada a ser ocupada. Mas o Estado – hoje provavelmente não mais do que no decurso de sua história – não teve esta unidade, esta individualidade, esta funcionalidade rigorosa e direi até esta importância. Afinal de contas, o Estado não é mais do que uma realidade composta e uma abstração mistificada, cuja importância é muito menor do que se acredita (FOUCAULT, 2012, p. 429).

Quando o autor se refere a uma abstração, tal é manipulada pelos que ascendem ao poder, em que pese todas as considerações do referido em razão do poder, mesmo afirmando não ser um teórico deste, mas nem sempre o que se diz se vê interpretado e ainda, mesmo sem desejar, o “poder” foi fonte de suas mais profundas reflexões e não se pode abordar o tema sem que se possa adentrar aos conceitos apresentados pelo autor.

O poder então é a abstração que o permite ser usado por quem comanda o Leviatã sobre aqueles que o temem; é a força invisível, embora nem sempre, pois por vezes é tão visível que se pode observá-la na própria pele, e em ambos os sentidos na corda da pela e na marca deixada na mesma. Não é a todos a iniciação para o desfrute do poder, ainda que ele seja tênue e desconhecido, inegável sua estrutura que absorve as vidas de alguns e concede a outras suas benesses.

Assim colocado, temos um Estado que encarna o poder, que falsamente se comprometeu com as promessas da modernidade e as descumpriu solenemente, anunciando sempre tempos futuros de colheitas de igualdade, liberdade e fraternidade que, nos séculos

posteriores, a revolução gloriosa jamais chegou às classes menos abastadas.

Tal instituição foi mencionada por Maquiavel em sua obra elementar para entender o “uso” e “forma” de se chegar e se manter no poder, deixando claro que a virtude e a fortuna são condições deste poder, mas que a fortuna sem virtude é temporária. Logo, podemos ver que no Estado pós-revolução houve muita virtude em manter uma determinada classe em seu comando, não se abordando exceções, pois elas são desvios necessários na curva de qualquer processo histórico.

Este Estado que de tão frágil permite às organizações paralelas, por vezes, e muitas, funcionar de forma mais eficaz e célere, mas que abandona a legalidade construída por um grupo e faz com que a realidade se sobreponha a positividade legal. É neste sentido, de percepção da fragilidade de um simbólico e ineficiente Estado, que se voltam contra ele aqueles que pouco ou nada podem.

## **Criminologia**

A criminologia não é o direito penal que está calcado em suas orientações sobre o crime, ações que lesem o bem-jurídico, conforme já nos manifestamos, e as consequências, tipos de pena aplicáveis, tratam do conceito elaborado pelo legislador do que atinge o equilíbrio das relações sociais, em antecipação-parte geral, de modo que definir as regras e a especial irá dizer quais são os crimes, sendo que elas se compõem tendo noções da ação penal até a extinção da punibilidade, que significa que o Estado aceita seu perecimento na persecução penal.

Na parte especial, além da menção do crime praticado, são levantadas a pena e a qualificação dos crimes, casos de aumento e diminuição da pena em consonância com a parte geral, além dos crimes que são trazidos por legislações especiais. O foco é, sem

dúvida, o conhecimento deste sistema que é composto de positivação e regras de aplicabilidade.

O normal é o não questionamento dos “porquês”, de como historicamente foi construído e qual sua eficiência, qual o motivo de algumas condutas serem consideradas “crimes”, como a ausência de registro na carteira de trabalho, considerando que há uma lesão, mas seria esta a esfera da norma penal? Ou seria uma esfera administrativa ou outro espaço onde não coubesse a *última ratio*? O que ocorre é que basta a decoração dos conteúdos e não seu entendimento, ainda que, como mencionado, não se aplique a todos os mestres que lecionam a matéria, mas sabem eles mesmo que são resistentes frente ao consumo imoderado de normas produzidas em escala industrial.

Nesse sentido, Thompson provoca reflexão, que é campo da criminologia, uma filosofia da criminalidade que enseja entender e não se limitar a aplicar as normas. Vejamos, portanto:

A maioria das pessoas acredita piamente, sem vacilação, dúvidas ou questionamento, em certas “crenças jurídicas”, inculcadas de maneira enfática pela ideologia, tais como :“1. Que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico, preciso etc. 2. Que o ordenamento jurídico não possui contradições e redundâncias e, especificamente, o direito penal não exhibe lacunas. 3. Que a ordem jurídica é finalista, justa e protege indistintamente os interesses de todos os cidadãos. 4. Que o julgador é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio na aplicação da justiça. 5. Que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível do ponto de vista valorativo.” Verdadeiros que fossem os postulados arrolados, até que se poderia emprestar relevo às decisões do sistema judiciário, para estudo da questão criminal. Caracterizam-se aquelas assertivas, porém, [...] por total contradição com a realidade (THOMPSON, 1998, p. 45-46).

A criminologia tem por escopo um campo mais amplo sobre a criminalidade, não desprezando conhecimento do crime, mas focando em aspectos mais amplos, uma busca de amplificação dos processos sociais e não apenas a aplicação da lei, pois ela, em si só, determina o crime, mas não as situações de políticas criminais que

poderiam/deveriam estar ligadas ao fato. O crime não pode ser friamente analisado sob a ótica da norma escrita, pois ele é muito mais o resultado de fatores relacionados à vida de cada sujeito que violou o contrato, sem que, por vezes, dele pudesse participar ativamente, com liberdade positiva.

A conceituação de Newton e Valter Fernandes (1995, p. 24) apresenta a questão linguística da criminologia, o que se denota importante esclarecimento: “[...] o significado etimológico do vocábulo criminologia, a saber, originário do latim crimino (crime) e do grego logos (tratado ou estudo)”.

Ainda os mesmo autores vão denominar a criminologia como esse vasto campo que envolve desde a prevenção até os recursos que tratem aquele que infringiu a norma por meios que não seja a mera retirada da liberdade.

A liberdade, este bem desconhecido e inefável que tramita por todos os textos e por todas as ilações humana, é o que se tenta retirar daquele que, sem a possibilidade de ter acesso às artimanhas do poder, é lançado às prisões, que mais se aproximam do período medieval. Nesse ponto, faz-se inerte o Estado em garantir a norma que está escrita, pois aqui a positividade é relativizada, senão ignorada, e os direitos dos sentenciados ficam adstritos a cumprir a pena em condições conhecidas e denunciadas.

A pena tem por escopo demonstrar o quanto pode o Estado afrontar as leis que ele se propôs a cumprir, um imenso artifício para que se justifique a vingança pública, um processo doloroso a todos que entendem e defendem os direitos fundamentais e humanos, na sua proporção de não exigir outro norte que não seja a dignidade humana na proporção sofocleana.

Retomando a questão da criminologia, Flávia Sanna (2013, p. 155) ensina que “a criminologia surgiu com a função de tentar compreender os fatores que determinam o comportamento criminoso de forma a combatê-los por meio de práticas que tendem a modificar o delinquente”.

Não basta a alcunha de criminoso, não é necessário o desejo de imputação de dor, física e moral, pela criminologia; é necessário repensar os processos que levam a criminalidade, não que não haverá criminalidade, o que se deseja com uma criminologia atuante é intervir dentro das possibilidades para prevenir e, conseqüentemente, diminuir os atos, ainda que este processo seja a revisão das normas, que embora fundadas na igualdade, elas são díspares com relação àqueles que possuem bens.

O denominado “crime de colarinho branco” é bem explicitado por Vera Regina Pereira de Andrade, a qual aponta para uma seletividade que se torna inegável frente aos processos de restrição de liberdade. Para que possamos fazer uma breve reflexão sobre tal ponto, vamos, primeiramente, expor o pensamento da autora sobre o “colarinho branco”:

Já em seu clássico artigo *White-Collar Criminality*, Sutherland (1940) mostrava, com apoio de dados extraídos das estatísticas de vários órgãos americanos competentes em matéria de economia e comércio, a impressionante proporção das infrações a normas gerais praticadas neste setor por pessoas colocadas em posição de alto prestígio social, bem como analisava as causas do fenômeno, sua ligação funcional com a estrutura social e os fatores que explicavam a sua impunidade. Posteriormente, em um artigo sugestivamente intitulado *Is 'White-Collar Crime' Crime?*, Sutherland (1945), mostrando uma visão mais sofisticada da criminalidade do que a do paradigma etiológico – que antecipava até a visão do labelling – indagava precisamente se, devido àquela impunidade, eram crimes, os crimes de colarinho branco. Instaurada assim ficava a respectiva investigação. Por outro lado, as proporções da criminalidade de colarinho branco ilustradas por Sutherland e que remontavam aos decênios precedentes, provavelmente aumentaram desde que ele escreveu seu artigo. Elas correspondem a um fenômeno criminoso característico não só dos Estados Unidos da América do Norte, mas de todas as sociedades (ANDRADE, 2015, p. 260).

Por fim, o eminente professor da Universidade de São Paulo, Sergio Salomão Shecaira (2012), trata diferentemente a relação entre criminologia e política criminal, sendo que esta se dá no âmbito do Estado na construção da forma de atingir seus objetivos criminais, ou melhor, controlando, por meio de ações organizadas,

a diminuição da criminalidade. Doutra borda, a criminologia forneceria substrato para essa política criminal, e essa seria a diferença específica, ou seja, a criminologia não é política criminal, mas especificamente uma área de estudo.

Penso que a criminologia estuda o sistema de forma ampla, observando inclusive a política criminal, isto é, sua total ausência, pois os governos, em qualquer nível da federação, entendem política criminal como aumento de efetivo armamento, viaturas e construção de presídios, entre outros paliativos que estão focados no uso da força e restrição da liberdade.

Essa política tem demonstrado a seletividade, ou seja, a norma tem destinatário certo, bastando observar os índices do Ministério da Justiça e os dados do Departamento penitenciário – Infopen: são sujeitos da lei penal os negros, pobres, sem educação formal, e abandonados duplamente pelo Estado, quando em sociedade livre e nos monstruosos calabouços mediáveis que estão se multiplicando em todas as partes, em face de uma “política criminal” e ineficiente, como sempre o foi.

É importante, ao se falar de seletividade, lembrar a referência de Neder e Queiroz: “Considerando-se que a seletividade do sistema penal brasileiro atinge os pobres, os negros e os nordestinos (migrantes depauperados), na sua maioria jovens e do sexo masculino, pode-se caracterizar esta prática de extermínio humano como genocida” (NEDER, 1994, p. 12).

Queiroz (1989, p. 22), no mesmo sentido, alega:

Quiçá porque seja conveniente, e até mesmo confortável, manter-se os indivíduos dotados de periculosidade trancafiados. Nessa linha de pensamento, os negros e os pobres entopem as cadeias, já que irrelevantes para a transição democrática que se pretende. E, nesse particular, constata-se que os últimos e incendiários debates sobre a democracia brasileira jamais incorporaram ao seu bojo a situação da prisão, já que somente os não pertencentes às elites ali purgam suas penas.

A seletividade é, conforme mencionado, um fato apresentado pelos índices do próprio governo, em que pesem alguns, nos



últimos tempos, frequentarem celas da polícia federal, que por si só já são bem melhores, ou presídios com regalias. Ademais, há outro assunto a ser pensado; se a comida, “jumbo” na linguagem dos internos, precisa ter restrições, pois a sanção está para além da sentença, buscando punir e obrigando a consumir uma refeição que tem suas limitações.

Neste caso, é interessante mencionar, sem qualquer conhecimento do processo e do seu conteúdo a não ser pela imprensa, por vezes, e muitas, não confiáveis, que a celeridade e forma do julgamento de um ex-presidente aponta para um processo de seletividade e massificação de um determinado ódio que não pode ter lugar em um procedimento que se deseja democrático.

Não estamos adentrando, como se disse, ao mérito do processo, mas ao procedimento que apresenta uma divergência frente aos demais em situação de implicações semelhantes, não se pode deixar de ver ali a seletividade, neste caso política, ainda que o sujeito do processo preencha a característica de nordestino, mencionada por Nader.

É ainda igualmente interessante tratar a questão da colaboração premiada em face das classes sociais, quando nas classes a quem se destinam as prisões o colaborador, também conhecido por “cagueta”, que é uma derivação do alcaguete, isto é, aquele que era o espião da polícia, tem destino certo no interior do estabelecimento prisional; o “seguro”, que são celas destinadas àqueles que não podem conviver com a população prisional, ou a morte, e esta pode ocorrer dentro ou fora do estabelecimento.

Assim, é comum silenciar frente aos fatos em preservação da vida, ainda que a legislação traga vantagens, mas a maior dela ainda é permanecer vivo. Quando observamos a colaboração premiada, ou na sua modalidade delação, há vantagens tão grandes que se pode permanecer com parte dos valores amealhados por meios ilícitos, assim como bens, sob a justificativa

de que se assim não fosse, não haveria uma avanço nas investigações e possíveis condenações futuras.

Nenhuma dúvida há de se estar negociando com os ditos “criminosos” com base na lei e lhe oportunizando o lucro de seus atos, entre eles, a pouca permanência nas prisões. Que fique claro que não somos favoráveis a nenhum cidadão encarcerado fora das condições colocadas pela própria lei, especialmente a suposta Constituição cidadã, pois não há desejo de vingança que esteja presente em quem estuda e entende criminologia. As reflexões são feitas com o intuito de discutir sobre a seletividade em processos que se tornaram tão midiáticos a ponto de não se saber mais se o julgamento é um ato do poder judiciário ou de telejornais.

A seletividade é um fato que não se pode excluir de qualquer ensinamento sobre direito penal, processo penal e criminologia, considerando ainda que não se abordará neste texto a reincidência como comprovação da total ineficácia do Estado na questão criminal, por apoiar-se apenas na lei e escancarar a vingança contra alguns. Pobre povo, Pobre Estado. Cabe a solidão dos que ousam pensar uma justiça que mereça esse nome e não se torne, como ocorre, meramente palácio de leis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos consagrados nas relações políticas que se travam há séculos não podem existir apenas a partir de sua positivação, ainda que ela seja importante, sem que se descaracterize a questão posta da forma e destinatário no sistema normativo, que, em regra, funciona de modo direcionado. Logo, direitos humanos positivados são um “desvio na curva”, pois, contraditoriamente, são positivados para serem ignorados, conforme explanado.

Há uma clara importância de se manter o pensamento filosófico na esfera da criminalidade, de modo que ela não se atenha apenas aos processos normativos que excluem a pessoa

humana, como se apenas fosse uma repetição mecânica de normas que visam a uma segurança, mas tal segurança é mais uma ilusão da ficção que tem se tornado comum no direito.

A seletividade imposta e comprovada pelos dados que se publicam para poucos analisarem, pois a cidadão encarcerado não é objeto de interesse da sociedade e da mídia que pensa por grande parte da população, tem apenas olhos para quando a normalidade da exclusão se torna rebelião, mas volta ao esquecimento na mesma velocidade que aparece.

As denominadas políticas públicas na área de interesse da pesquisa em criminologia são falhas, senão ausentes, pois o equipamento e efetivo serve para manter tudo como se encontra, e pode-se dizer que está equivocado, sendo a própria história das penitenciárias a prova de que não atinge o fim proposto, salvo se abandonarmos a hipocrisia e admitirmos que o que se deseja é a imputação da dor para satisfação da massa que ainda grita nos coliseus.

Poucos sabem que o sacrifício de um direito a qualquer um da sociedade é uma violência contra todos, quedar-se inerte frente à violência institucionalizada de forma a afrontar a dignidade humana é, de toda forma, compactuar com barbárie moderna. As formas de violações de tais direitos são permanentes e representadas pela não fundamentação de aplicabilidade de penas sem o caráter de preservação da cidadania.

Pensar o sistema como processo histórico que deve buscar soluções para a criminalidade, ou, melhor dizendo, para sua diminuição é mais que um direito inerente a cada cidadão: torna-se um dever para aqueles que estão nas esferas do construir pensadores de direito e não meros factoides punitivistas, que encontram na vingança, representada pela supressão da liberdade e outras medidas, a saciedade de seus instintos mais primitivos e violentos, e o fazem sob o prisma do que se denominaria justiça.

A criminologia, desde seus primórdios, e, especialmente, a crítica vem abordar a necessidade de se estabelecer a compreensão

do crime e todas as suas circunstâncias, sendo o crime apenas o momento efetivo da ação prevista no código, mas com certeza ele tem muito mais histórias a serem interpretadas.

A busca de sistemas que possam proteger os direitos humanos passa necessariamente por uma visão muito mais ampla, que se debruce sobre uma criminologia crítica dos sistemas de vingança que se tornaram naturalizados e, assim, se naturalizou também a violação da própria existência. Tem se proposto apenas a sobrevivência frente ao arcabouço de leis que não encontra ressonância na verdadeira expressão de vida.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. **Matrizes inércias do sistema penal I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan 2002. (Coleção Pensamento Criminológico).

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A erosão dos direitos subjetivos por força do desenvolvimento técnico (patentes, direito de autor)**. In: \_\_\_\_\_. *Novos caminhos do direito no século XXI - Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática*

Jurídica e Direitos Fundamentais: uma homenagem a Celso Lafer. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização, Introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Tradução de Carmensita Ibaxe e João Ibaxe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MASCARO, Alyson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **O direito de fugir**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 5. ed. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os pensadores, 6).

\_\_\_\_\_. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luis Grecco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANNA, Flávia. O papel da Criminologia na Definição do Delito. In: **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, jan.-mar. 2013. p. 153-173.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SÓFOCLES. **Antígone**. São Paulo: Scipione, 2004. (Adaptação de Cecília Castas).

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **Quem são os criminosos: O crime e os criminosos entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

# INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

José Péricles de Oliveira<sup>1</sup>

Nelson Finotti Silva<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

As normas que integram o conjunto normativo que rege a vida em sociedade não podem ser entendidas enquanto tal, senão considerando-se o todo e não apenas parte dele. Para perfeita compreensão de uma disposição normativa, esta não pode ser considerada isoladamente, mas enquanto integrante de um sistema. Por isso, deve-se analisá-la à luz dos demais dispositivos que formam o ordenamento jurídico.

Uma norma não subsiste isoladamente. Ela sempre guarda, com outra, algum tipo de relação seja para dar-lhe validade, ou para retirar sua eficácia, ou ainda, para se inter-relacionarem e ditar o exato sentido do comando legal.

Nesse sentido é que o ordenamento jurídico deve apresentar-se de forma coerente, onde as normas sejam ligadas umas às outras, de tal maneira, que é impossível considerar-se qualquer delas desvinculada das demais. Por isso o trabalho do interprete do direito deve ser feito considerando-se todo o conjunto normativo, e não apenas a norma a ser descortinada, sob pena de ofensa aos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Constituição e Processo. Professor dos cursos de Direito da UEMS e do IMES Catanduva – [jpericles.oliveira@gmail.com](mailto:jpericles.oliveira@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito Processual Civil e mestre em Direito do Estado. Procurador do Estado de São Paulo. Professor do curso de Direito do IMES Catanduva e metrado no Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem – [nfinotti1@gmail.com](mailto:nfinotti1@gmail.com)

## 1. A unidade do ordenamento jurídico

Ao iniciar seu trabalho sobre o ordenamento jurídico, Bobbio (1999: 71) esclarece que as normas jurídicas não existem isoladamente, pois elas estão inseridas dentro de um contexto geral das normas, denominado “ordenamento”, com relações entre si.

Observa que a palavra “direito”, entre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, sendo este o seu mais importante significado, posto que só se pode falar de direito onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas, posto que não há ordenamentos compostos de uma norma só. As regras de conduta podem referir-se a todas as ações possíveis do homem, e a regulamentação consiste em qualificar uma ação através de uma das três modalidades normativas: do obrigatório, do proibido e do permitido. Assim, no ordenamento composto de uma só norma, esta deveria referir-se a todas as ações possíveis e as qualificar com uma única modalidade. Desta forma, em tais ordenamentos poderia ocorrer somente uma das três situações: tudo é permitido; tudo é proibido; tudo é obrigatório.

Não é possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas considerando-se o modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz, a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a utilidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do direito só é possível a partir do ordenamento jurídico.

Em todo ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, o poder além do qual não existe

outro a justificar o ordenamento jurídico. É sobre esse ponto de referência que se funda a unidade do ordenamento.

A teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores, onde as inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento<sup>3</sup>.

Dado o poder constituinte como poder último, deve-se pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas. Essa norma é a norma fundamental, que é assim formulada por Bobbio: “o Poder Constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade”.

Note bem que a norma fundamental não é expressa, mas se aceita sua existência como fundamento do sistema normativo. É a norma fundamental pois que determina a obediência às leis que derivam da Constituição, bem como a própria Constituição.

---

<sup>3</sup> Ferraz Júnior (2002:169), não concorda com tal posição, para ele o termo unificador do sistema não é uma norma apenas, mas o conjunto delas, de modo que, o que dá validade e eficácia a Constituição é a aplicação do direito ao caso concreto, a sentença. E, de outro lado, num ciclo sem fim, o que válida um julgado é a lei em que ele se funda. De acordo com o doutrinador (2002:178) “a legitimidade do sistema normativo é irredutível a uma base ou princípio único do tipo “norma fundamental”, tendo de ser encontrada na própria atividade (atualidade) do sistema, que é sempre a sua melhor explicação”.



A norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento. É o fundamento de validade de todas as normas do sistema. A norma fundamental é, simultaneamente, fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento.

E a norma fundamental, sobre o que é que se funda? Esta é a pergunta que o próprio Bobbio faz, respondendo em seguida que ela não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria. Considerando-se que todo sistema tem um início, e que o do ordenamento jurídico é a norma fundamental, deve-se aceitá-la como um postulado, pois ao contrário ficaria sempre aberto o problema do fundamento da nova norma.

## **2. A coerência do ordenamento jurídico**

Entende-se por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais haja certa ordem. Por isso, as normas que compõem o sistema jurídico estão num relacionamento de coerência entre si.

Mas em que condição é possível essa relação, ou seja, em que consiste esse sistema? Para responder, pode-se recorrer ao conceito feito por Kelsen, que distingue dois tipos de sistemas, o sistema estático e o dinâmico. No sistema estático as normas estão relacionadas entre si devido a seu conteúdo. No sistema dinâmico, as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações do poder, através da autoridade que as colocou. Feita a distinção, Kelsen (2002: 219) sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos. Sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais.

As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático.

Pode-se apresentar três diferentes significados de sistema:

a) Sistema dedutivo: diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais do direito, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico.

b) Sistema indutivo: aqui o termo sistema é usado para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira. É um conceito que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, e favorece, portanto a construção de um sistema no sentido de sistema empírico ou indutivo.

c) Sistema da exclusão da incompatibilidade: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui sistema equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade de normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.

Dentro de um sistema pode ocorrer que duas ou mais normas não se ajustem. A essa situação dá-se o nome de antinomia, que é a situação de normas incompatíveis entre si. Segundo Bobbio (1999:81), a discussão sobre a existência ou não de antinomias é grande e transcendem os tempos. Pode-se verificar a incompatibilidade de normas em três situações: uma norma ordena fazer algo e outra proíbe fazê-lo; uma norma ordena fazer algo e outra permite não fazer; uma norma proíbe fazer algo e outra permite fazer.

Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições. A primeira delas indica que as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. O problema das antinomias entre duas normas pertencentes a diferentes ordenamentos nasce quando eles não são independentes entre si, mas se encontram em um relacionamento qualquer que pode ser de coordenação ou

subordinação, como é o caso do direito positivo e o direito natural à medida que se considere aquele subordinado a este. Nesse caso, o intérprete seria obrigado a eliminar não somente as antinomias do interior de um ordenamento, mas também as subsistentes entre os ordenamentos. A ideia de ordenamento jurídico como sistema não impede que este resulte da relação de alguns ordenamentos num conjunto geral.

A segunda condição para a ocorrência de antinomia é que as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material. Não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito à validade temporal; validade espacial; validade pessoal; ou validade material.

Portanto, antinomia jurídica pode ser definida com aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento as quais têm o mesmo âmbito de validade.

Ao longo dos tempos foram elaboradas algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas. Porém, essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomias, haja vista a existência de antinomias insolúveis, ao lado das solúveis.

Há antinomia insolúvel na medida em que existem casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias. De outro lado há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras para solucionar o conflito.

As regras fundamentais para solução das antinomias são três: a) Critério cronológico: entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior; b) Critério hierárquico: entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior; c) Critério da especialidade: de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda.

Porém, os critérios apontados não servem para solucionar o conflito quando as normas incompatíveis são contemporâneas; do mesmo nível hierárquico; ambas gerais ou ambas especiais.

Entende-se que, nesses casos, os três critérios não ajudam. Assim, o intérprete deve recorrer ao critério tirado da forma da norma. Segundo a forma, as normas podem ser imperativas, proibitivas e permissivas.

O critério da forma consiste em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica. Desse modo, se uma das normas incompatíveis é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalecerá a permissiva. É o critério da interpretação *favorabilis* sobre a odiosa.

Pode acontecer que duas normas incompatíveis mantenham entre si uma relação em que se pode aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou os três critérios. O problema subsiste quando a aplicação de um critério levar a uma solução e ao aplicar-se outro critério chegar-se a solução oposta. Aqui há incompatibilidade de critérios, chamada de segundo grau.

Sendo três os critérios para solução de antinomia, os conflitos entre critérios podem ser três: a) conflito entre critério hierárquico e cronológico: o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico. Elimina-se a norma inferior, mesmo que posterior; b) conflito entre critério de especialidade e o cronológico: deve ser resolvido em favor do primeiro. A lei geral sucessiva não retira a validade da e eficácia da lei especial precedente; c) conflito entre critério hierárquico e da especialidade: deve prevalecer o critério hierárquico. Uma lei ordinária especial não pode derogar os princípios constitucionais, que são normas gerais e superiores.

Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias.

Assim, os produtores de normas não devem criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema. Os aplicadores do direito, de outra parte, quando colocados frente a uma antinomia, devem eliminá-las.

### 3. Interpretação das normas constitucionais

Inicialmente deve-se estabelecer um conceito do tema. De acordo com Maximiliano (2002:07) "interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de uma frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém".

Ainda, de acordo com o renomado estudioso da hermenêutica, "toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições".

A hermenêutica jurídica, afirma Maximiliano (2002:01) "tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito". E, continua o mesmo doutrinador, sustentando que:

as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Ensina Haberle (2002:14) que por interpretação entende-se "apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)".

Ao intérprete compete analisar o texto, extraindo-se o sentido de cada vocábulo. Após, compara-se com outras normas do mesmo estatuto e com leis diversas. Então, deve-se perquirir sobre os motivos que levaram a edição do texto legal, vinculando-o ao

objetivo da lei e do direito em geral. Assim, extrair-se-á a exata extensão da norma jurídica.

Ao justificar a atividade do exegeta, Maximiliano (2002:89) sustenta que

cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso – vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso, da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir. Contorna-se, em parte, o escolho referido, com examinar não só o vocábulo em si, mas também em conjunto, em conexão com outros; e indagar do seu significado em mais de um trecho da mesma lei, ou repositório. Em regra, só do complexo das palavras empregadas se deduz a verdadeira acepção de cada uma, bem como da ideia inserta no dispositivo.

Dentro da hermenêutica jurídica deve-se destacar a interpretação da Constituição pois é ela quem irá ditar todas as regras de organização do Estado e garantir os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição, por estar no ápice do ordenamento jurídico e sobre seu manto abrigar todas as demais regras do sistema, possui importância ímpar dentro do conjunto de normas jurídicas. O ordenamento jurídico somente pode ser compreendido e aplicado, a partir da correta interpretação da Constituição.

De acordo com Haberle (2002:13), a interpretação constitucional obriga a todos, pois nela “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

A interpretação da Constituição é matéria sempre presente na seara jurídica uma vez que cabe a hermenêutica abstrair o sentido da norma, de forma a regular a sociedade de acordo com a evolução dos tempos, de acordo com a vontade popular. Muito mais do que a própria produção legislativa, será o hermeneuta quem dará o tom do ordenamento jurídico. Streck (2002:48) argumenta que é por meio da hermenêutica que o intérprete

alcançará o exato sentido da norma, verdadeiro significado do vocábulo, o real sentido da regra jurídica. Para o citado autor interpretar é explicar, esclarecer, "extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para vida real e conducente a uma decisão".

Por isso, Bulos (1996:24) lembra "que a interpretação constitucional é, nos nossos dias, dos maiores desafios colocados para o aplicador do Direito e um dos campos mais fecundos e prioritários do labor científico dos juristas".

Ao falar sobre a importância da interpretação da Constituição, Bulos (1996:24) afirma que "o ordenamento constitucional representa o pressuposto de toda a organização do Estado. Por conseguinte, é curial que seja compreendido nos seus significados mais profundos, nas suas nuances, com uma visão de conjunto, quando a necessidade assim o exigir".

Sustenta ainda que a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica. Os meios interpretativos utilizados pelo hermenauta constitucional nem sempre são os mesmos utilizados para se extrair o sentido da norma infraconstitucional. Argumenta que a interpretação constitucional deve considerar as especialidades da Constituição, tais como: a inicialidade e supremacia, "inerentes à formação originária do ordenamento jurídico, em grau de superioridade hierárquica"; o conteúdo político; a predominância das normas de estrutura e organização. Salienta, ainda, a amplitude do conteúdo, do direito constitucional com terminologias indeterminadas "como as noções de liberdade, igualdade, reputação ilibada, interesse público, utilidade social", entre outras. Tudo isso reclama, para o direito constitucional, uma técnica hermenêutica específica.

A interpretação é importante, pois, como afirma Maximiliano (2002:09) "embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem

embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais".

A missão do exegeta não é uma tarefa simples, pois a partir de sua análise e interpretação da norma é que se poderão determinar os caminhos ditados pelo ordenamento jurídico. De acordo com a visão e método interpretativo utilizado, podem-se abstrair significados diversos para uma mesma norma jurídica. Por isso Bulos (1996:34) enfatiza a questão humana na concepção da "norma como algo que se apreende através dos órgãos do sentido, por meio da leitura do produto legislado um determinado texto legal pode originar significados díspares, conforme o modo com que o sujeito cognoscente analise os termos empregados na letra da lei e o contexto no qual ela se insere".

Por meio da exegese transformam-se as relações jurídicas reguladas pelo direito. Afirmo Maximiliano (2002:10) que "surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas ideias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta á mudanças que a evolução opera na vida social".

E, prossegue o mesmo mestre, asseverando que é o intérprete "o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, a função interpretativa, a dinâmica do Direito".

A perfeita abstração do sentido de uma norma deve partir do tipo de interpretação adotada. Afirmo Haberle (2002:20) que "a forma ou maneira como ela se desenvolveu com contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico".

Pode-se dizer, então, que a interpretação e aplicação do direito será fruto do critério, da técnica interpretativa utilizado pelo hermeneuta. Esses critérios, que são os processos clássicos de



descortino da norma jurídica podem ser classificados em: gramatical, lógico, teleológico, histórico e sistemático.

### 3.1. Interpretação gramatical

Também chamado literal ou semântico, o processo gramatical vincula o exegeta ao sentido literal das palavras utilizadas na redação do dispositivo a ser interpretado, obedecendo às regras da linguística.

Segundo Barroso (1996:119) a interpretação gramatical “cuida de atribuir significados aos enunciados linguísticos do texto”. De acordo com esse mesmo autor “toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras”.

Apesar de ser o processo interpretativo mais antigo, é também o mais incompatível com o progresso da sociedade e do direito. Segundo Maximiliano (2002:99) o apego às palavras caracteriza a falta de desenvolvimento intelectual. “No começo da história do Direito poder-se-ia gravar esta epígrafe – In principio erat verbum. A palavra, quer escrita, quer solenemente expressa (a fórmula), aparece aos povos como alguma coisa de misterioso, e a fé ingênua atribui-lhe força sobrenatural”.

Adverte Barroso (1996:120) que “embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir a injustiça, à fraude e até ao ridículo”.

### 3.2. Interpretação lógica

Maximiliano (2002:100) ensina que o processo lógico “consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior”. O sentido da norma será extraído a partir da lógica geral, com o emprego do raciocínio.

De acordo com a técnica lógica as normas são interpretadas dedutivamente, combinando-se umas com as outras, sem interferência externa. Para Bulos (1996:36), através do processo lógico "procura-se atingir a perfeita coerência do alcance das expressões constitucionais, analisando os períodos da lei e combinando-os mutuamente, por meio de raciocínios dedutivos, sem considerar elementos de natureza exterior".

### 3.3. Interpretação histórica

Por meio desse método inquiri-se os postulados dominantes para a construção da norma específica e para a construção do direito em geral. Por isso Maximiliano (2002:113) registra que o processo histórico fará um retrospecto da norma, verificando "o desenvolvimento que tiveram no passado os institutos jurídicos, e também a sua evolução contemporânea, dentro e fora do país". Nessa perspectiva o Direito Positivo será descortinado utilizando-se as tendências recentes do mundo jurídico, "os seus objetivos; os resultados obtidos pelos processos modernos de pesquisa da verdade, as regras, os métodos e os sistemas que melhor se adaptam ao progresso social e contribuem para o labor tranquilo do homem, isolado ou em coletividade".

Barroso (1996:124) ensina que a interpretação histórica "consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatório e da *occasio legis*". Por ela serão considerados todos os antecedentes que colaboraram para a edição da norma, tais como a justificativa para a regulamentação de determinada conduta, a elaboração do projeto com sua exposição de motivos, as discussões travadas durante a tramitação, as emendas apresentadas e os motivos destas.

Para Barroso (1996:125), o processo histórico desfruta de pouco prestígio como meio de interpretação, pois, no momento do trabalho hermenêutico "a maior parte da doutrina minimiza o

papel dos projetos de lei, das discussões nas comissões, relatórios, debates em plenário”.

### 3.4. Interpretação teleológica

O processo teleológico visa interpretar a norma a partir de seu espírito, do fim por ela almejado. Segundo Barroso (1996:129) a interpretação teleológica “procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”.

Para Maximiliano (2002:101) “*prior ataque potentior est, quam vox, mens dicentis* – mais importante e de mais força que a palavra é a intenção de que afirma. Acima da palavra e mais poderosa que ela está a intenção de quem afirma, ordena, estabelece”.

Com proficiência escreve Barroso (1996:130)

A interpretação histórica cuida, como se assinalou, da *occasio legis*, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessação não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a necessidade de se trabalhar um outro conceito – o de *ratio legis* -, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A *ratio legis* é uma “força vivente móvel” que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto.

É o processo interpretativo adotado no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro<sup>4</sup>. Por meio do processo teleológico, na interpretação da norma deve-se atentar para a finalidade social a que ela se dirige, bem como às exigências do bem comum.

---

<sup>4</sup> Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) - Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

### 3.5. Interpretação sistemática

Incontroverso que na interpretação de uma disposição normativa não se pode considerar o dispositivo isoladamente, mas no contexto em que está inserido. As normas sempre estão colocadas dentro de determinado estatuto legal, o qual visa um fim específico. Seguindo-se o mesmo raciocínio têm-se que os diplomas jurídicos estão inseridos dentro de um sistema denominado ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, Barroso (1996:127) afirma que

uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital.

Então, na interpretação de uma norma deve-se considerar, inicialmente, a finalidade visada pela lei<sup>5</sup> na qual ela está inserida, sem perder de vista, entretanto, o objetivo norteador de todo o ordenamento jurídico. Assim, a exegese de uma norma da Lei nº 8009/90 (Bem de família), por exemplo, jamais pode desabrigar o indivíduo, desconsiderando a impenhorabilidade do bem de família. Do mesmo modo, ainda exemplificativamente, qualquer norma legal, até mesmo as constitucionais, não podem ser interpretadas com ofensas à dignidade da pessoa humana, que orienta todo ordenamento jurídico.

A técnica sistemática é considerada como processo interpretativo por excelência. Ao justificar a utilização do referido método, Bulos (1996:44) ensina que

a técnica sistemática desempenha importante missão, porquanto é indubitável que uma Constituição não constitui um conglomerado aleatório de artigos, incisos, alíneas e parágrafos, desconectados entre si. Ao invés,

---

<sup>5</sup> Lei em sentido lato.

apresenta-se de modo coordenado, em feixes orgânicos, procurando formar unidade de sentido. Os seus elementos mantêm um vínculo de inter-relação e interdependência, onde tudo o mais se coloca sub specie do mesmo conjunto.

Porém, apesar da inegável importância que a técnica possui dentro da hermenêutica jurídica, o autor em comento alerta que não se pode desprezar os demais métodos interpretativos, vez que é impossível estabelecer fórmulas prontas e definitivas de interpretação.

Porquanto não possa ser utilizada sem o auxílio das demais técnicas interpretativas, Bulos (1996:48) afirma que o emprego do processo sistemático possibilita ao intérprete "visualizar a grandeza que o todo ostenta, sentindo a pujança de certos mandamentos nucleares".

O estudo de um dispositivo nunca pode ser feito solitariamente. Devem-se estudar, também, os dispositivos que se avizinham, e que lhe são correlatos extraindo-se a exata compreensão do sistema. Nesse sentido ensina Barroso (1996:127)

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.

Nessa linha de pensamento Maximiliano (2002:104) afirma que o processo sistêmico levará o intérprete a "comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto". Acrescenta, ainda que o método procura "conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma".

Incontroverso que as regras jurídicas não existem apartadas uma das outras. Ao contrário, elas se inter-relacionam formando um conjunto de normas que coexistem harmonicamente dentro do sistema. Nesse aspecto, oportuna é a lição de Diniz (1998:132) ao atribuir ao exegeta a função de interpretar as normas a partir de um entrelaçamento entre elas, respeitando, assim, a unidade e coerência do sistema normativo. Esse mesmo ensinamento é feito por Filgueiras Júnior (2001:221), pois

para interpretar dispositivo legal, aparentemente isolado em um inciso ou parágrafo de uma lei, deve-se considerar os outros dispositivos da mesma lei, ou de outras que interferem ou condicionam a sua aplicação e, sobretudo, os princípios dos quais se originou. Essa operação interpretativa deve ser feita de maneira a desvelar o significado do referido inciso ou parágrafo - ao final da interpretação, é claro - em harmonia com a totalidade da ordem jurídica.

No centro do ordenamento jurídico encontra-se a Constituição, que é o elemento unificador de todo o sistema. Assim, tanto os dispositivos constitucionais como as normas específicas infraconstitucionais, devem ser interpretados harmonicamente, de modo a não se chocarem com o plano geral da Carta Magna.

### 3.6. Crítica aos critérios

A dogmática exige do intérprete três atributos, quais sejam: probidade, ilustração e critério. Segundo Maximiliano (2002:82) "o primeiro leva ao esforço tenaz e sincero para achar o sentido e alcance da lei segundo os ditames da verdadeira justiça; o segundo auxilia, com uma grande soma de conhecimentos, a surpreender todas as dúvidas possíveis e a atingir os vários motivos de uma decisão reta; o terceiro conduz a discernir o certo do provável, o aparente do real, o verdadeiro do falso, o essencial do acidental".

Apesar da aceitação geral das técnicas usuais de interpretação jurídica, certo é que elas sofrem críticas e objeções pela doutrina, pois não há consenso na elaboração de uma teoria interpretativa do direito.

Para Bulos (1996:37) "todas as correntes que traçavam as suas respectivas teorias de interpretação do direito elaboraram apenas simples esquemas de pensamento, havidos na observação e vivência histórico-cultural dos adeptos dessas mesmas teorias". Segundo o citado autor, essas teorias não prosperaram, por não apresentarem critérios exatos e perfeitos no sentido de se estabelecer uma regra definitiva para a ciência interpretativa do direito. A mesma crítica é feita por Maximiliano (2002:82), segundo quem

nenhuma escola de Hermenêutica ousa confiar exclusivamente na excelência dos seus postulados para a exegese e aplicação correta do Direito. Nenhum repositório paira sobranceiro aos dislates dos ineptos, às fantasias dos apaixonados e subterrâneas torpezas dos ímprobos. Não há sistema capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem.

Essa crítica aos critérios advém do fato de que as situações do cotidiano são diferentes. Por isso, Bulos (1996:44) afirma que os conflitos, como mostra a "experiência jurídica, são infinitos. Não há como milimetrá-los, a ponto de imprimir-lhes uma exatidão, elegendo este ou aquele método, o único possível e viável, capaz de solucionar a unanimidade dos problemas relacionados à interpretação das leis".

Ao concluir sua crítica, Maximiliano (2002:103) afirma que o mal está em utilizar-se de um método, com total desprezo de outros fatores, como o "coeficiente pessoal e os valores jurídico-sociológicos". Portanto, ao aplicar-se um processo não se pode desgarrar de elementos como a cultura, profissão, imparcialidade, cuidado, razoabilidade, e outros predicativos do bom interprete.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, não se pode, efetivamente, adotar um critério estático como forma única de interpretação da ciência jurídica, posto que, conforme demonstrado, nenhum deles é capaz de garantir, de forma isolada, resultado sempre perfeito.

Deve-se considerar que um método não atua solitariamente, mas são complementares os critérios hermenêuticos, os quais resultará na formação daquilo que se pode chamar de unidade interpretativa. A função do exegeta é combinar os métodos interpretativos disponíveis e, diante do caso concreto, extrair a solução que se amolda ao sentido empregado na disposição normativa. Em seu mister o intérprete utilizará, portanto, todos os critérios hermenêuticos possíveis, utilizando o vernáculo com raciocínio lógico, para buscar os fatores históricos que levaram à edição da norma, e o contexto em que ela está inserida.

Nesse diapasão, é inegável a força orientadora dos princípios na construção do ordenamento jurídico e, por conseguinte, na atividade hermenêutica. Ora, se os princípios são a base, o ponto de partida, do ordenamento jurídico, por certo não podem ser desprezados pelo exegeta em seu labor.

A força orientadora dos princípios gerais de direito e das garantias fundamentais é tal que qualquer norma antagônica a eles não terá validade. O respeito aos direitos humanos vincula a hermenêutica à observância dos direitos fundamentais, e por seu turno, aos princípios gerais e específicos.

O bom exegeta, em sua atividade examinará, no interior do sistema quais foram as normas elevadas pelo legislador à condição de princípios orientadores do sistema de valoração. Apesar do intérprete ter que considerar todo o sistema para a exegese jurídica, deve dar ênfase aos princípios valorizados pelo ordenamento.

Os princípios foram erigidos pelo legislador constituinte à condição de núcleo fundamental do sistema terão que ser enfaticamente considerados pelo intérprete, sob pena de se desnaturar o ordenamento jurídico. Assim a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o pluralismo político não podem ser desconsiderados, pois representam aspecto primordial de qualquer atividade interpretativa posto que todos esses preceitos foram



alçados, pelo legislador constituinte, a condição de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Sendo os grandes orientadores do ordenamento jurídico, os princípios influirão tanto na atividade do legislador como na do intérprete, na medida em que orientam e impulsionam todo o sistema normativo.

Dentro do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, que é a norma de referência e validade de todo o sistema, esta alicerçada, substancialmente, sobre os princípios, quer sejam eles expressamente consagrados pelo legislador constituinte, quer seja princípios ínsitos ao regime adotado. Daí porque não pode haver contradição entre eles, e, muito menos, entre princípio e norma positivada. Acaso se verifique a ocorrência de antinomia nesse sentido, deve-se solucioná-la em favor do princípio, mesmo que a norma positivada seja constitucional.

Em razão da aplicação de diferentes técnicas hermenêuticas, uma norma pode ter mais de uma interpretação. Porém conquanto se possa extrair vários sentidos de uma única norma, apenas pelo fato de utilizar-se de processos interpretativos diversos, deve-se considerar como válido e eficaz a descortinar o exato significado de um dispositivo, apenas aquele obtido a luz dos princípios gerais do direito, bem como dos princípios específicos que regem a matéria, objeto da interpretação.

Conclui-se, portanto, que além de combinar vários métodos hermenêuticos, o exegeta deve utilizar os princípios como diretrizes, como critérios inderrogáveis de interpretação e aplicação das normas, face sua crescente normatividade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da interpretação constitucional. **Revista de direito administrativo**, São Paulo: Renovar, nº 205, p. 23s, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Teoria do ordenamento jurídico: conceitos elementares. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo: Malheiros Editores, nº 35, p. 221s, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



# O PAPEL DO PROCEDIMENTO NO DIREITO PROCESSUAL: DOS ASPECTOS HISTÓRICOS AOS POSTULADOS HODIERNOS

Luiz Renato Telles Otaviano<sup>1</sup>  
Juliano Gil Alves Pereira<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A ideia de primordial do presente artigo é a alocação do procedimento como direito fundamental. A preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais tem feito com que renomados constitucionalistas confirmem ao procedimento lugar entre aqueles direitos que requerem uma ação positiva do Estado para a sua efetivação, já que imprescindível à atividade jurisdicional (ALEXY, <sup>2002</sup>, p. 454-455).

Partindo da proposição acima, tem-se por finalidade analisar aspectos da evolução histórica do direito processual, especialmente, no que respeita ao procedimento. Para tanto, algumas outras premissas serão estabelecidas.

---

<sup>1</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito pela Unioledo de Araçatuba-SP, Professor adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo-SP. E-mail: luiz\_rto@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad Del MuseoSocial Argentino* – UMSA; Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Professor assistente efetivo dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, registrado no CNPQ; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XI – São José do Rio Preto – gestão 2013/2015; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XXV – Fernandópolis – desde 2016; Advogado militante na Comarca de Santa Fé do Sul-SP. E-mail: julianogiladv@gmail.com.

Há que se considerar que afirmação da autonomia do direito processual é recente, se comparada à evolução histórica do direito, globalmente considerado, eis que perdurou por longo período a visão do direito processual como apêndice do direito material. Nesse passo, o presente artigo trará breves apontamentos sobre a história do direito processual até chegar ao ponto central a ser desenvolvido, que é a evolução da noção e importância do procedimento para o direito processual.

Assim, por evolução do direito entende-se, necessariamente, evolução da própria sociedade, ideia há muito perpetuada pelo brocardo latino *ubi societas ibi jus*. Alia-se a isso, a noção de história como *“una sucesión de acontecimientos pretéritos conectados según algún sentido u orden.”* (PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, 2008, p. 22).

Harmonizar a evolução do direito à evolução da sociedade, entretanto, não basta, sendo indispensável pontuar que aqui se adota a ideia de que *“el orden jurídico es incompreensible si no es en referencia a la sociedad inordinada y su contexto cultural”* (PAMPILLO BALIÑO, 2008, p. 21).

Por intermédio desse viés metodológico, buscar-se-á analisar, brevemente, o surgimento do direito processual, para após se concentrar na análise do que se convencionou a definir doutrinariamente: Afirmação científica do direito processual, enfatizando o papel do procedimento neste contexto.

## **1. Apontamentos acerca da origem e desenvolvimento dos sistemas processuais primitivos**

Analisar o minuciosamente surgimento do direito processual, por óbvio, somente seria possível em trabalho de maior fôlego. O objetivo do presente é apresentar a evolução histórica do procedimento. Não se prescindem, entretanto, algumas reflexões acerca das origens do direito processual.

Salientando a tímida contribuição do direito oriental, Walter Vieira do Nascimento (2007, p. 121) apresenta as principais características do processo em diversos sistemas jurídicos históricos. Tais ensinamentos servirão de base para a breve análise das origens do direito processual que seguem.

Do Sistema Babilônico, destaca-se a influência religiosa que impunha a necessidade apresentação dos litígios em templos e das testemunhas prestarem juramento perante os sacerdotes, ainda que as sentenças fossem proferidas por juízes leigos e coubesse apelação para instância superior, sendo o soberano o representante da última instância. Há que se destacar a simplicidade do Sistema Egípcio, que a partir da instituição de um tribunal composto por trinta e um membros – durante o Médio Império, 2020 a 1800 a.C. – passou a ter certa dose de autonomia em relação ao Estado (NASCIMENTO, 2007, p. 121).

A maior quantidade de regras processuais originárias do oriente surgiu da leitura do Deuteronômio e se agruparam na legislação mosaica, ainda que se apresentem mais ou menos isoladas umas das outras, sem qualquer critério no sentido de uma sequência encadeada. Importante mencionar a existência de três instâncias judiciais com competências distintas. A primeira instância, composta por três juízes, tinha por incumbência o julgamento de grande parte das questões de interesse privado, bem como, alguns delitos. A segunda instância, com competência recursal, compunha-se de vinte e três juízes. Por fim, o Sinédrio, composto por setenta juízes, formava a terceira instância, que tinha por função interpretar a lei quando houvesse requerimento das partes, juízes e tribunais (NASCIMENTO, 2007, p. 122).

De feições mais avançadas o Sistema Grego já apresentava um procedimento composto por análise prévia de um árbitro, condição indispensável para apresentação da pretensão em juízo, bem como, de fase postulatória, de instrução e decisória. A necessidade de aceitação da denúncia – juízo de admissibilidade – e possibilidade de revisão do processo sob a alegação de prejuízo à defesa, ainda

que não se questionasse o mérito da decisão, dão conta do quão avançado era o Sistema Grego. Além disso, havia clara distinção entre ações de caráter público e privado o que era determinante para a execução das decisões, já que em caso de ação privada cabia ao próprio interessado dar cumprimento à sentença (NASCIMENTO, 2007, p. 122-123).

A principal característica do Sistema Germânico originário era a participação efetiva da população, representada pelas assembléias populares dos homens livres, denominadas *Ding*. As decisões proferidas pela *Ding* eram, em regra, irrecorríveis e comprometiam a todos que dela participavam. Há manifestações, entretanto, dando conta de que era possível apelar das decisões para o Presidente das Assembléias do Povo ou reclamar contra a denegação de sentença e, até mesmo, impugnar o juiz da causa, submetendo-o a um juiz superior. Durante a Idade Média o direito germânico foi influenciado pelo direito romano e direito canônico, perdendo suas características essenciais (NASCIMENTO, 2007, p. 123-124).

A ideia de desenvolvimento de uma relação processual surge no direito romano, no qual se utilizou, também, expressões como *processus* e *processus iudicii* (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 277). Note-se que a partir do século XII a ideia de processo como relação processual foi abandonada, sendo retomada no século XIX, por juristas alemães, na segunda fase da evolução científica do direito processual (NASCIMENTO, 2007, p. 124).

O sistema processual romano demonstra grande riqueza no que diz respeito às origens de instituições do direito processual hodierno. Com efeito, durante o desenvolvimento de suas três fases – denominadas *legis actiones*, sistema formular e *cognitio extra ordinem* – idealizou muitos dos atuais institutos do direito processual.

No período das *legis actiones* (754 a 149 a.C.), sistema processual reservado aos chefes de família romanos, surgiu a ideia de fórmulas legais obrigatórias, já que “as partes não podem expressar-se *in jure* com quaisquer palavras, mas com palavras certas, *verba certa*, constantes de fórmulas orais” (NETO, 1993, p. 172). A simples

substituição de uma palavra fazia perecer a ação do demandante (PEIXOTO, 1997, p. 9). Durante esse período as ações legais eram denominadas: *actio legis per sacramentum*, *actio legis per iudicis postulationem*, *actio legis per manus iniunctionem* e *actio legis per pignoris capionem*, todas criadas pela Lei das XII Tábuas, posteriormente, outras leis criaram a *actio legis per conditionem* (NETO, 1993, p. 172).

O período da *cognitio extra ordinem* (294 a 534) se notabilizou por fazer desaparecer a divisão do processo em *in jure* e *in iudicio*, e com isso, provocando a extinção da figura do *iudex*. Assim, o magistrado deixa a postura de mero ouvinte e passa a tomar conhecimento dos fatos e das provas para decidir a questão.

O sistema processual medieval propiciou o processo comum (*jus communis*), ou processo romano-canônico, influenciado, entre outros fatores, pela criação das universidades (AZEVEDO, 2007, p. 102-103) e pelo próprio processo germânico. Conforme observa Pampillo Baliño, apoiado nos estudos de Paolo Grossi, o direito medieval sofreu um processo de *romanización formal y germanización material* (2008, p. 148).

O processo que se originou desse contexto era extremamente formal e moroso, o que fez com que se criasse o *processus summarius*, no qual se estreitava o rito procedimental, na busca de maior celeridade e informalidade.

O formalismo exagerado, combinado às divergências doutrinárias e diversidade de fontes, levou o processo comum ao declínio. Assim, com o passar do tempo vários países europeus o abandonaram e aperfeiçoaram seus próprios sistemas, com destaque para a França, que em 1667 passou a conviver com uma *ordonnance* de Luís XIV, que veio a se tornar a base do Código de Processo de 1807.

## **2. Afirmação científica do direito processual**

Apresentados os principais sistemas processuais primitivos, passa-se à análise da afirmação do direito processual enquanto ciência



autônoma, distinta do direito material. A análise da evolução do direito processual, neste item, será considerada globalmente, sem vinculação a determinados povos ou territórios específicos, considerando-se apenas a marcha do direito processual durante a evolução do ocidente. Ou seja, far-se-á a análise do que se convencionou denominar “afirmação científica do direito processual”.

Com efeito. De início buscou-se, simplesmente, o fortalecimento do Estado a ponto de impor sua decisão aos cidadãos. Mas, há que se observar que a composição dos litígios por intervenção do Estado nem sempre significou uma solução justa por critérios previamente definidos e imparciais, mesmo no campo penal (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 27).

Uma vez fortalecido o Estado, a ponto de impor suas decisões em substituição à vontade dos envolvidos em um conflito de interesses, não foi suficiente a afirmação do direito individual à prestação jurisdicional, que ainda avançou na busca-se a solução de conflitos por meio de uma atividade estatal eficiente sem o comprometimento das garantias (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 31).

Atualmente, no Estado democrático de Direito, a questão de ordem é tornar a atividade jurisdicional eficiente, sem comprometer a observância das garantias oferecidas às partes. Conformer eficiência com respeito às garantias individuais não é tarefa simples. Encontrar o ponto de equilíbrio entre a estrita obediência aos direitos das partes em conflito, sem o comprometimento da efetividade da atividade jurisdicional, tornou-se o grande desafio do direito processual.

Durante a evolução do direito processual o procedimento passou de ator principal a coadjuvante, reassumindo posição importante no final do século XX (FERNANDES, 2005, p. 23). Até chegar a esse ponto, a evolução do procedimento pode ser dividida em três grandes fases.

### 3. Procedimentalismo ou praxismo

Num primeiro momento processo e procedimento se confundiram. Não se concebia a autonomia do direito processual, e tampouco sua cientificidade. Por isso, o processo nada mais era que o modo como os atos eram praticados em juízo, uma mera sequência de atos que tinham por finalidade o reconhecimento judicial do direito subjetivo material.

Praxismo ou procedimentalismo são as denominações mais comuns dessa época, onde os estudos de direito processual limitaram-se a tratar dos atos e formas do processo, do seu caminhar até chegar ao ato final, a sentença, sem qualquer preocupação com a unidade processual ou interdependência entre os atos e etapas que se sucediam (FERNANDES, 1991, p. 70).

Expressão marcante desse período são os títulos das obras editadas, que demonstram a preocupação do estudo do processo tão somente em função da sequência dos atos destinados ao provimento final. “*Práctica judicial* (Mexia de Cabrera, 1655; Villadiego, 1788), *Práctica civil* (Monterrosos y Alvarado, 1563), *Práxis Iudicium* (Cardoso do Amaral, 1610)”. No Brasil não foi diferente, ressaltando-se, *Praxe forense, ou diretório prático de processo civil brasileiro*, de 1850, escrito por Moraes de Carvalho e *Prática civil e comercial: apostilas de prática e praxe brasileira*, do Barão de Ramalho, de 1861 a 1874 (FERNANDES, 2005, p. 24).

### 4. Processo como relação jurídica

A segunda fase de afirmação científica do direito processual tem como mais importante marco inicial a obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen*, de autoria de Oskar Von Büllow, editada no ano de 1868, na cidade de Giessen, Alemanha.

Embora, não tenha sido o primeiro a citar a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos do processo (DINAMARCO, 2000, p. 88), não há controvérsia sobre a fundamental importância da

obra para fazer despertar o interesse dos estudiosos em fazer do direito processual um ramo autônomo do direito. Distinguindo a relação jurídica processual da relação jurídica material, reconhecendo a existência de pressupostos, objeto e sujeitos próprios àquela.

Concomitantemente à afirmação científica do direito processual, o procedimento perdeu terreno nos interesses dos estudiosos, já que a relação jurídica, por si, oferecia contornos suficientes ao processo. Essa nova visão rechaçava a idéia do procedimentalismo, de forma que o procedimento passou a ser visto como algo externo ao processo.

Se até então processo se confundia com procedimento. A partir da conceituação de processo como relação jurídica, ao procedimento restou apenas a ideia de forma como o processo se move, algo de somenos importância. Todo o significado material do processo se encontrava na relação jurídica, enquanto o procedimento se limitava ao aspecto formal, extrínseco.

Por todo este período o procedimento foi visto apenas como meio de se exercitar o direito material, totalmente desvinculado da relação processual, não passando de “uma sequência de atos coordenados, produtores de efeitos meramente processuais” (FERNANDES, 2005, p. 27-28).

Em meio a esse contexto, o direito processual conquistou sua autonomia em relação aos outros ramos do direito e se solidificou como ciência. Seus conceitos e institutos foram amplamente estudados e grandes obras científicas surgiram. Entrementes, “faltou, na segunda fase, uma postura crítica” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 48).

## **5. Processo como entidade complexa**

A concepção de processo como uma mera relação jurídica, não permitia claramente enxergá-lo como uma unidade. Daí surgiram afirmações de que o processo é formado por um feixe de relações

jurídicas ou uma diversidade de situações jurídicas, o que também não foi suficiente. Não se prescindia de algo que conferisse unidade a esse feixe de relações jurídicas ou a essa diversidade de situações jurídicas, que mais pareciam engrenagens desencaixadas.

Faltavam, ainda, explicações sobre a diferença entre relação jurídica processual e outras relações jurídicas. E, também, sobre a necessidade de participação efetiva de pessoas estranhas à relação jurídica processual como testemunhas e peritos, por exemplo (FERNANDES, 2000, p. 42-43).

Duas foram as vertentes do renascer do procedimento no conceito de processo. Uma afastou totalmente a teoria da relação jurídica, e outra, aliou a ideia de relação jurídica e procedimento como caminho adequado para se conceituar o processo.

Ao se afastar completamente a teoria da relação jurídica como conceito de processo, buscou-se conceituá-lo basicamente com o uso da teoria do procedimento. Scarance Fernandes (1991, p. 76-78) cita como maiores influências na “revalorização do procedimento” as ideias de Benvenuti, no trabalho *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, desenvolvidas por Fazzalari, que acabou por conceituar processo como “o procedimento realizado em contraditório”. E, ainda, Punzi, para quem o processo “é entidade complexa formada pelo conjunto de atos e situações processuais, ou, em outras palavras, composto de procedimento (atos) e de situações”, e Piccardi, que destacou que na Itália prevalece na doutrina o afastamento da relação jurídica do conceito de processo.

Com estudos importantes repudiando a teoria do processo como relação jurídica, entretantes, outra gama de autores - de expressão equivalente àqueles que a condenaram - cuidaram de entrelaçar as ideias, obtendo resultados mais convincentes. E isso se deu ao aliar os conceitos de relação jurídica e procedimento sem que um, necessariamente, exclua o outro.

Para Dinamarco o processo se define como “procedimento animado pela relação jurídica processual” (2001, p. 126-127). Demonstrando total discordância ao repúdio à teoria da relação

jurídica. Chegando a afirmar que o ensinamento de Fazzalari, de que “processo é o procedimento realizado em contraditório”, acaba por incluir no conceito a ideia relação processual, por serem duas formas diversas de encarar o mesmo fenômeno, e arremata afirmando que o processo é realidade complexa que abrange ambas as ideias em questão.

Em *Teoria geral do processo*, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 308) confirmam as assertivas acima e definem que “processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento)”.

Como se vê, para autores dessa linha, o procedimento é visto como a argamassa que dá sustentação à ideia de unidade do processo. Ou seja, unindo-se procedimento e relação processual, se busca explicar aquilo que os defensores das duas teorias, isoladamente, não lograram (WATANABE, 2000, p. 122).

Além de aliar relação jurídica e procedimento, a fim de dar contorno de real uniformidade ao fenômeno denominado processo, a terceira fase de evolução deixou de lado a “visão puramente introspectiva” que marcou a segunda fase e passou a se preocupar com a finalidade social do processo, o olhar crítico que faltava passou a ser preocupação corrente dos estudiosos (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 48).

Com efeito, a doutrina já não se prende à visão puramente formal do procedimento, entendido apenas como seqüência de atos. Pois, agora, se evidencia o seu conteúdo teleológico. Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 349) procedimento é “a soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica”.

De suma importância, atualmente é a confirmação da ideia de procedimento como entidade unitária. Salientando-se o fato de todos os atos do procedimento devem estar dispostos de forma que o subsequente sempre seja conseqüência lógica do anterior. E ainda, que todos eles sejam dispostos a fim de se alcançar o

objetivo final, ou seja, todos os atos de um procedimento são na verdade um preparativo para o escopo final.

Na doutrina italiana a noção de *fattispecie* (FERNANDES, 1991, p. 80) deu contorno às duas teorias que conceituam diversamente o procedimento. Uma corrente parte do princípio que o procedimento é um tipo de *fattispecie* complexa de formação sucessiva. A outra repele a ideia, sob a alegação de que a *fattispecie* complexa diferencia-se de procedimento pelo fato de que nela “o efeito final resulta do conjunto dos atos que a compõem, enquanto no procedimento o efeito final é produto somente do último ato da série” (FERNANDES, 1991, p. 100).

## 6. Procedimento como direito fundamental

Em tempos de processo visto como entidade complexa, o procedimento reconquistou e consolidou a posição de instituto extrema importância nos estudos de direito processual. Hodiernamente, foi estendida sua importância, passando a ser visto como fator a conferir legitimidade às decisões do Estado. Com isso o procedimento passou a ser visto como um direito fundamental, inserido entre aqueles que exigem ações positivas do Estado para sua salvaguarda (FERNANDES, 2005, p. 36-37).

Embora atual, a ideia direito ao procedimento não é inédita. (FERNANDES, 2005, p. 38). Dinamarco (2001, p. 133) afirma a existência de um “*direito ao procedimento*, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula do *dues process of law*”, confirmando que “há, portanto, um *direito ao procedimento*, que é direito à participação e que coincide por inteiro como o já denominado ‘direito ao processo’”.

Para Alexy (2002, p. 454) “en la actual discusión sobre los derechos fundamentales, ninguna idea ha despertado tanto interés como la de la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento”.

O direito ao procedimento se mostra então como imposição ao Estado (HESSE, 1998, p. 278), que deve agir positivamente, a fim de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Duas vertentes surgem desse entendimento, a de que o procedimento é o único e essencial meio para a concretização dos direitos fundamentais, e outra, que entende ser o procedimento importante para tal concretização, mas não o caminho exclusivo, sendo que a sua adoção aumentaria a possibilidade de um resultado positivo.

Demonstrando afinidade com a primeira posição, após ressaltar que a ideia de “realização e asseguramento de direitos fundamentais por organização e procedimento” tem se destacado recentemente. Hesse aduz que “para cumprir a sua função, direitos fundamentais requerem, em primeiro lugar, geralmente em proporção mais ou menos vasta, regulações de organização e procedimento”. Arrematando, em sequência que “além disso, mostram-se organização e procedimento como – possivelmente, até único – meio, os quais, antes que a ideia dos direitos de ter parte, possibilitam satisfazer as condições alteradas da liberdade humana no Estado moderno” (HESSE, 1998, p. 287-288).

Assim, o direito fundamental ao procedimento deve ser encarado como imposição ao Estado - obviamente, por meio de atuação positiva - de criação e obediência a procedimentos que respeitem a todos os direitos e garantias instituídos no ordenamento jurídico, sob pena de não se poder atestar a legitimidade das decisões oriundas da prestação jurisdicional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Até ser reconhecido, recentemente, como direito fundamental por eminentes constitucionalistas o procedimento passou por momentos de grande importância e ostracismo nos estudos de direito processual.

Ainda sem a pretensão de diferenciar direito processual e direito material, os sistemas processuais primitivos já incorporam

em suas regras importantes institutos, que até a atualidade pautam o direito processual. Destaque-se o sistema grego que já previa uma divisão do processo em fases, incluindo um juízo prévio de admissibilidade da pretensão, assim como, distinção entre ações de natureza pública ou privada.

Entretanto, o excesso de formalismo ocasionou o declínio do sistema processual medieval. Mas o surgimento de novos sistemas processuais não colocou fim à luta por um processo de razoável duração e capaz de oferecer às partes envolvidas no litígio as condições ideais para a defesa de seus interesses, o que continua sendo o grande desafio do direito processual.

Desdobra-se, então, a função do processo em fazer justiça às partes, o que exige oferecer a elas todas as condições para se manifestarem, produzirem provas e ver decisões desfavoráveis serem revistas em grau de recurso; e por outro lado, em pacificar a sociedade, o que exige uma pronta resposta estatal ao litígio que atormenta a sociedade.

Enquanto não se reconheceu a autonomia do direito processual o procedimento foi ente de primeira grandeza para os sistemas processuais. Entretanto, tal situação contrastava com a diminuta importância do processo, e portanto do procedimento, para o ordenamento jurídico. Tanto que esse período ficou conhecido como praxismo ou procedimentalismo, o que denota a pouca importância do processo-procedimento, que nessa fase nada mais era que uma sequência de atos, que sequer regulamentação por lei recebia.

Mais adiante, quando se verificou que a teoria da relação jurídica não explicava suficientemente o fenômeno processo ressurgiu o procedimento. Para uma corrente doutrinária a relação jurídica processual deveria ser esquecida, e a teoria do procedimento seria apta a explicar o processo.

Mas, não obstante, foi a ideia de estudiosos que uniram as duas teorias que se fortificou e finalmente tranquilizou os estudiosos na tentativa de explicar o processo. O reconhecimento



da complexidade do ente processo impôs a junção da relação jurídica com procedimento para explicá-lo satisfatoriamente.

Com efeito. É a relação jurídica que justifica a existência de um vínculo jurídico autônomo em relação ao direito material. Por outro lado, é o procedimento que confere forma ao processo, que dá contornos definitivos a esse vínculo jurídico autônomo.

Fixados os parâmetros acima, voltou-se à questão extrínseca do fenômeno processo. A instrumentalidade e função social do processo passaram a alvo dos estudiosos. Assim, retomou-se a preocupação do *jus communis* com o excessivo formalismo e morosidade do processo, colocando-se hoje o procedimento como direito fundamental. Tanto que não há reforma processual atual que não tenha como bandeira a informalidade e celeridade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción: Ernesto Garzón Valdés. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno: introdução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual - questão incidental – procedimento incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 2. ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito.** 15. ed. rev. e aum. 3ª tir. Rio de Janeiro, 2007.

NETO, Abid. **Curso de direito romano.** São Paulo: Editora Letras & Letras, 1993.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. **Historia General del Derecho.** México. Oxford University Press, 2008.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de direito romano: partes introdutória e geral.** Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atu. Campinas: Bookseller, 2000.



# VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: NEGLIGÊNCIA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Léia Comar Riva<sup>1</sup>

- Ahhh! – Mike gritou, colocando a cara para fora da coberta. Então ele relaxou. – Oh, sinto muito, amigo. No escurinho, pensei que o esfregão fosse, você sabe, uma criança humana! – Ele encolheu os ombros e lançou outro sorriso sem jeito para Sulley. Sulley acabou achando a situação engraçada. – Não seja bobo, Mike – ele disse. – Nenhuma criança jamais ficará vagando perdida em Monstrópolis, isso seria um desastre! – Você tem razão – Mike concordou sonolento. – Boa noite, Sulley. – Boa noite, Mike. (Monstros S.A. – O pior pesadelo de Mike).

## INTRODUÇÃO

A criança e o adolescente tornaram-se protagonistas da atenção do legislador brasileiro nas últimas décadas. No entanto, muitas discussões e medidas de intervenção somente margeiam os problemas que afligem essa parcela da população. Entre outras,

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FD-UC), Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriv@uems.br

uma das problemáticas recorrentes e passível de várias definições, diz respeito à convivência familiar e à violência doméstica e suas tipologias.

Entre as modalidades de violência doméstica está a negligência, a qual, embora concorra para a violação de direitos regulamentados por diversos institutos de proteção à criança e ao adolescente, nem sempre merece a devida atenção e poucas são as pesquisas que se dedicam a estudá-la.

O presente trabalho tem como objetivo examinar o instituto jurídico da convivência familiar e verificar a incidência da negligência praticada por pais contra seus filhos crianças ou adolescentes, enquanto uma das formas de violação dos direitos fundamentais.

A metodologia utilizada terá como base a pesquisa bibliográfica e documental e a análise interpretativa, a qual fundar-se-á “[...] na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas” (SPINK; LIMA, 2010, p. 102), com o aporte teórico de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42); Spink e Lima (2004, p. 102) e Marchi (2009, p. 66). Marchi (2009, p. 66), ladeado por outros autores, informa que pesquisadores da seara jurídica utilizam-se da denominada “[...] ‘tese em estilo clássico’, isto é, ‘a tese de erudição’: é aquela preparada em biblioteca, com a leitura atenta da bibliografia, e fundada na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. A pesquisa bibliográfica fundamentar-se-á na contribuição teórica de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre os temas e na discussão das legislações brasileiras.

Para compreender o tema buscar-se-á, num primeiro momento, levantar dados acerca da negligência praticada pelos pais contra seus filhos crianças e adolescentes, e, em seguida, sobre a natureza jurídica do instituto da convivência familiar, com ênfase nos reflexos na legislação brasileira. Ao final serão realizadas as últimas considerações da pesquisa.

## 1. A negligência: diferentes modalidades

O ambiente familiar nem sempre é reconhecido como espaço de carinho e proteção para os filhos. Ali ocorrem, devido a diversos fatores, várias manifestações de violência, denominadas de domésticas ou intrafamiliares. Esse fenômeno tem sido alvo de investigação por parte de alguns pesquisadores, que se dedicam a estudar suas categorias, modalidades e/ou subtipos, com o objetivo de melhor conhecê-lo e criar medidas de prevenção e intervenção eficazes para assegurar à criança, ou ao adolescente, oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental e social.

No momento, buscar-se-á alguns trabalhos publicados na área para então traçar um breve panorama do que é conhecido sobre a negligência em relação ao universo infantil, em termos de sua conceituação e modalidades.

Nos estudos científicos nacionais e internacionais não se encontra uma definição comum para negligência. No Brasil, esse fenômeno é assim reconhecido:

- Negligência é descuido, incúria, desleixo, estes agentes sociais são negligenciados de várias formas, que passam pela família, pelas relações de trabalho, por vários níveis da vida em sociedade e, no limite, pelo Estado. Qualquer tipo de ação que não atenda às suas necessidades básicas de alimentação, moradia, educação, saúde, lazer, constitui descuido, incúria e desleixo e é, portanto, considerada negligência. (CASTRO, 2010, p. 50).

- A negligência se configura quando os pais (ou responsáveis) falham em termos de alimentar, de vestir adequadamente seus filhos etc., e quando **tal falha não é o resultado das condições de vida além do seu controle ...** Quisemos enfatizar o relacionamento da negligência com as condições sociais de vida dos pais, aspecto este tão relevante em uma realidade como a brasileira (Azevedo e Guerra, 2003, D, grifos das autoras).

- há ainda a questão da pertinência de se encarar negligência como violência, no sentido de um abuso de poder, uma vez que, por definição, ela se caracteriza por uma omissão ou insuficiência de cuidados essenciais, que nem sempre são intencionais, o que impõe a necessidade de refletir sobre as ações de intervenção visto que, certamente, não podem ser na mesma linha

das adotadas nos outros casos de violência. (Mayer, 1998, apud Bazon, Dacanal e Biasoli-Alves, 2003, p. 17).

Ao analisar essas caracterizações, verifica-se que a negligência pode ser considerada uma omissão, nem sempre intencional, dos pais ou responsáveis, em termos de prover as necessidades básicas: física, emocional e social da criança ou do adolescente. Ela se configura quando os pais ou responsáveis omitem-se em termos de alimentar, vestir, prover a educação, não dar atenção etc. aos filhos – criança ou adolescente – o que lhes causa prejuízo no desenvolvimento físico, psíquico ou social. (RIVA, 2005).

De certa forma, a negligência está presente, de maneira implícita, nas demais modalidades de violência doméstica, embora seja complexo detectá-la, em função do tênue limite entre a precariedade socioeconômica da família e o descaso do cuidado familiar. No entanto, poucos estudos são realizados para analisar a eventual falta de condições econômicas dos pais ou responsáveis, o que os impediria de prover as necessidades básicas dos filhos, ou ainda para averiguar se os mesmos têm condições econômicas e se omitem. (RIVA, 2005). Essa lacuna exige redobrada atenção dos profissionais do direito e de outras áreas do conhecimento que atuam em casos de negligência.

Bazon, Dacanal e Biasoli-Alves (2003), desmembram as modalidades de negligência em física, educativa e afetiva. As autoras esclarecem que para alguns estudiosos, essa última é uma extensão da violência psicológica, cujo conceito

longe de um consenso, há quem a equipare à ‘tortura psicológica’, englobando gestos de depreciação, ameaças e/ou ataques verbais (assim como o confinamento), [...] a negligência afetiva, caracterizada pela ausência de manifestações de cuidado, interesse e calor humano [...] negligência física, caracteriza-se pelo abandono, pela recusa em assumir a custódia do filho e os cuidados requeridos para a manutenção de sua saúde ou para curar uma enfermidade, compreendendo ainda a falta de supervisão física com a exposição a riscos e perigos, bem como uma inadequada atenção à higiene, nutrição e vestiário [...] a negligência educativa, refere-se a permissão tácita para que o jovem deixe de freqüentar a escola e/ou

desenvolva condutas desadaptativas ... (Bazon, Dacanal e Biasoli-Alves, 2003, p. 9).

Com relação às modalidades do fenômeno, Guerra e Leme (2003) apontam maior detalhamento quanto aos modelos e incluem as negligências médica, educacional, higiênica, de supervisão e física. Essa última, ao se considerar as práticas dos cuidados, subdivide-se em severa e moderada, como por exemplo, a falta de alimentação ou alimentação com balanceamento incorreto. Segundo as autoras, na negligência:

1. Médica (incluindo a dentária): as necessidades de saúde de uma criança não estão sendo preenchidas; 2. Educacional: os pais não providenciam o substrato necessário para a frequência à escola; 3. Higiênica: quando a criança vivencia precárias condições de higiene; 4. De supervisão: a criança é deixada sozinha, sujeita a riscos; 5. Física: não há roupas adequadas para uso, não recebe alimentação suficiente (Guerra e Leme, 2003, p. 4).

No âmbito internacional são adotadas as seguintes definições para o fenômeno da negligência, segundo Guerra e Leme (apud Azevedo e Guerra, 2003, p. 2):

- É um padrão de comportamento constante e um estado inadequado da paternagem/maternagem quando comparada às normas da comunidade (Feldman et alii, 1993); Grave omissão que coloque em risco o desenvolvimento da criança (Éthier et alii, 1995); - Consiste em falha ao cuidar das necessidades de uma criança, falha raramente proposital, tratando-se de uma inabilidade de comportamento dos pais (Baily et alii, 1985); - É quando os pais deixam crianças muito novas sem supervisão por extensos períodos de tempo, fornecem cuidados e alimentação inadequados para a criança (Chaffin et alii, 1996); - Uma situação na qual o responsável pela criança, seja deliberadamente, seja por total falta de atenção, permite que ela experimente sofrimento e/ou ainda não consegue preencher para ela os requisitos, geralmente, considerados essenciais para o desenvolvimento das capacidades físicas e emocionais de um ser humano (Mouzakitis et alii, 1985).

Com um olhar histórico, Erickson e Egeland (1996) apresentam um panorama sobre as informações já obtidas acerca da temática



‘criança negligenciada’ e discutem a negligência e seus vários subtipos, que podem apresentar uma gama de significados, de acordo com a concepção de cada indivíduo. Além disso, os autores pontuam que as definições podem variar de acordo com uma perspectiva médica, psicológica, jurídica ou do serviço social e ainda ressaltam: qualquer uma delas pode, frequentemente, incluir uma mistura de imprecisões e acabam por resultar em vários tipos e graus, com interpretações bastante diferentes do real significado de negligência.

Segundo esses autores, para averiguar se a negligência é um ato de omissão, em vez de comissão, e intencional ou não, faz-se necessário, num primeiro momento, considerar seus impactos, imediatos ou evidentes na criança, tais como os sinais físicos, óbvios sobre seu funcionamento, por exemplo, em casos graves de desnutrição ou falta de proteção e, num segundo momento, seus impactos mediatos ou não observáveis, como nos casos de negligência psicológica, cujas marcas, num primeiro instante, praticamente inexistem, mas podem ter efeitos devastadores sobre o desenvolvimento da criança e causar-lhe, em longo prazo, prejuízos nos comportamentos cognitivo, afetivo ou físico. Portanto, simples definições com base nos efeitos imediatos, poderiam omitir muitos casos de negligência. Quanto à intencionalidade ou não dos motivos parentais, para atender, ou não, de determinada forma, reconhecida como válida às necessidades básicas dos filhos, não podem ser dicotomizados como intencionais ou não intencionais, pois precisam ser considerados dentro do contexto cultural e religioso no qual a família está inserida.

Cinco subtipos de negligência, comuns a quase todas as áreas médica, psicológica, do serviço social e jurídica foram identificados por Erickson e Egeland (1996). Os modelos são quase os mesmos. A negligência física - a mais identificada, e inclui a falta/falha de proteção do perigo ou prejuízo, ao não prover as necessidades básicas da criança. A negligência emocional - em muitos casos é o subtipo mais difícil para ser documentado ou considerado, quer

pela ausência de evidências físicas claras, quer pelo fato de que ela se dá no silêncio e na privacidade do lar, ou ainda, pelo fato de não ser possível, de forma precisa, descrever quando os pais não estão disponíveis para atender aos gritos e apelos dos filhos ou, quando se trata de questões culturais ou religiosas. Embora a literatura concorde que a negligência emocional envolve falta de atenção, não existe um acordo universal sobre, exatamente, quais são as necessidades dos filhos. A negligência médica e da saúde mental referem-se à recusa dos cuidadores em fornecer tratamento médico ou agir de acordo com o corretamente prescrito. Esse subtipo de negligência, na área médica, tem levantado algumas das questões mais controversas, particularmente quanto às questões religiosas, por exemplo, quando a criança precisa ser submetida à transfusão de sangue. A negligência educacional configura-se quando há falha dos cuidadores para agir de acordo com o estabelecido pela escola. Ela abrange falta de cooperação e envolvimento dos pais no ambiente educacional de seus filhos ou resistência dos pais para acompanharem as recomendações ou os programas especiais de intervenção realizados pela escola.

Se, por um lado, conceituar negligência não tem se mostrado uma tarefa fácil, devido às carências e às lacunas, que obscurecem as definições encontradas dentro das várias áreas do conhecimento que lidam com a problemática, por outro, as modalidades e/ou os subtipos de negligência, encontrados na literatura, podem ajudar-nos a começar delinear o fenômeno. Verificou-se acima que, intimamente ligadas a contextos social, histórico, cultural e religioso, a negligência pode ocorrer e conjugar-se em forma de ação ou omissão dos pais, responsáveis ou cuidadores. Podemos, então, considerar que a omissão desses, frente aos cuidados básicos para com a criança e/ou adolescente, nada mais é que uma “ação de não fazer”.

Ao considerar os diferentes conceitos de negligência encontrados nas várias áreas do conhecimento, e a diversidade de situações que podem caracterizá-la por parte dos pais ou responsáveis, verifica-se que esse fenômeno, precisa, ainda, ser

melhor estudado. No entanto, entende-se que ele ocorre quando há falta de cuidados básicos e pode expressar-se por meio da ação ou da omissão por parte dos pais ou responsáveis, da comunidade em geral e do Estado, quando causarem prejuízo ao desenvolvimento físico, emocional e social das crianças ou adolescentes. Para se averiguar quais ações ou omissões dos pais ou responsáveis são negligentes, devem ser considerados os valores culturais e a dinâmica familiar do meio no qual a criança e/ou adolescentes estão inseridos, enquanto a verificação das ações ou omissões por parte da comunidade, em geral, e do Estado deve passar sempre pela observância e cumprimento das normas e dos valores reconhecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20.11.1989. (RIVA, 2005).

No Brasil, a negligência não é um tipo de crime. Ela aparece no Estatuto da Criança e do Adolescente/1990, como pedido de providências e no Código Penal brasileiro, como circunstância de alguns tipos de crimes, por exemplo, maus-tratos (art. 136), abandono de incapaz (art. 133), material (art. 244), intelectual (art. 246), moral (art. 247), entre outros. Essas modalidades penais só se tipificam se a conduta dos pais ou responsáveis for dolosa, isto é, quando quiserem o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo. Nesses casos, inexistem forma culposa, pois não há previsão legal, a qual se caracterizaria quando os encarregados pelos cuidados dessem causa ao resultado. Os crimes previstos no Código Penal, em geral, têm suas figuras qualificadas quando o agente é ascendente da criança e do adolescente vítima e tem especial relação de assistência (cuidado, guarda, vigilância ou autoridade) com os mesmos.

### 1.1 Modelos explicativos da negligência

Na literatura consultada há vários modelos explicativos para a análise da violência doméstica e da negligência.

Matias (2004, p. 17-18) elenca e explica os modelos denominados de primeira e segunda geração. Nos primeiros estão

os modelos psicopatológicos, sociológicos e da vulnerabilidade e os segundos, que não centram suas explicações em fatores isolados, o mais conhecido é o ecológico-Sistêmico que busca “integrar tanto os aspectos psiquiátricos e psicológicos do indivíduo, com os aspectos sociais, culturais, econômicos e ambientais”.

Os modelos explicativos unidimensionais para a análise da violência doméstica são estudados por Azevedo e Guerra (1995). Segundo as autoras o “pressuposto é o da causalidade linear entre características psicopatológicas e/ou sociais dos pais agressores e ocorrências de abuso de crianças e adolescentes”. (AZEVEDO, 1995, p. 14). O referencial de vitimização adotado pelas autoras sustenta-se na Teoria Crítica e materializa-se, por exemplo, na violência estrutural “característica de sociedades como a nossa, marcadas pela dominação de classes e por profundas desigualdades na distribuição da riqueza social” (AZEVEDO; GUERRA, 1993, p. 26), na relação assimétrica/hierárquica de poder entre pai e filho e na (re)produção do fenômeno. Para essas autoras, ser criança-vítima da violência física e do abandono não é um estado natural, mas um processo de vitimização resultante da violência estrutural e das relações interpessoais adulto-criança. (AZEVEDO E GUERRA, 1993).

A respeito de uma perspectiva psicossocial, que trata dos aspectos psicológicos juntamente com a dimensão social do ambiente, o modelo privilegiado é o dos maus-tratos, que pressupõem tratos de má qualidade e podem ser praticados por pais em relação a seus filhos “pela omissão, supressão e transgressão dos seus direitos, então definidos por convenções legais ou normas culturais”. (DESLANDES, 1994, p. 13).

## **2. Direito fundamental à convivência familiar**

Ao lado dos direitos fundamentais da criança e do adolescente elencados no art. 227, “caput” da Constituição Federal de 1988 e reafirmados pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente,

Lei n. 8.069/1990, referentes ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à liberdade, à proteção no trabalho, à **convivência familiar e comunitária**, entre outros, o art. 19 do Estatuto prevê o direito daqueles de serem criados e educados “no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a **convivência familiar e comunitária**, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”, portanto, a fonte do dispositivo, art. 19 do Estatuto, é o “caput” do art. 227, da Constituição de 1988. (RODRIGUES, 2010, p. 107, grifos nosso).

O direito à convivência familiar pode ser “conceituado atualmente como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto com à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa” (ISHIDA, 2013, p. 40) ou substituta. Tal direito “é recíproco, pois são titulares os pais e os filhos”. (LÔBO, 2017, p. 185).

Além do direito à convivência familiar, “a criança e o adolescente possuem o direito fundamental de conviver na comunidade, ou seja, na coletividade, abrangendo os mais variados locais, como o bairro onde residem, a escola, o clube etc. Isto para o perfeito desenvolvimento deles”. (ISHIDA, 2013, p. 41).

Ao art. 19 do Estatuto foram acrescentados três parágrafos pela Lei n. 12.010/2009, conhecida como “Lei Nacional da Adoção”. Embora não seja objetivo do trabalho a análise dos parágrafos acrescentados pela Lei de 2009, no tocante a esses, Pereira (2015, p. 6) comenta que “referida Lei buscou, especialmente, criar incentivos para que crianças e adolescentes retornem ao convívio familiar ou encontrem um lar adotivo, evitando que permaneçam, de forma definitiva, em instituições”. Ainda, segundo a autora,

O Estatuto, com as alterações da nova Lei, prevê medidas identificadas como ‘Programas de Acolhimento Institucional’ ou ‘Programas de Acolhimento Familiar’. Neste contexto, ressalta-se um novo conceito de ‘acolhimento’, que passa a exigir do intérprete um posicionamento coerente com os ditames legais e constitucionais, complementado por subsídios interdisciplinares que permitam nova exegese do Direito Fundamental à Convivência Familiar e

Comunitária, estabelecido no art. 227 da Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto. (PEREIRA, 2015, p. 6).

A garantia do direito à convivência familiar prevista sob vários aspectos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto “se perfaz através de dois princípios basilares: o da proteção integral e o da prioridade absoluta”. (ISHIDA, 2013, p. 41). Dentro de uma visão voltada para a convivência familiar, a proteção integral deve ser considerada como o fortalecimento dos vínculos da criança e do adolescente com sua família e a prioridade absoluta que devem ter seus direitos agasalhados prioritariamente pela família, pelo Estado e pela sociedade e que ambos devem ter como objetivo a proteção de seu desenvolvimento físico, psíquico e social em condições de liberdade e dignidade.

Ainda, acerca dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, Pereira (2015, p. 5) comenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecê-los, reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos perante a ordem jurídica e prevê, entre outros,

mecanismos para a efetivação de seus direitos fundamentais, mediante uma ampla rede de proteção. Determina a corresponsabilidade da família, do Estado e da sociedade e dispõe acerca das medidas aplicáveis no caso de ameaça ou violação dos direitos assegurados pela lei, seja pela ação ou omissão da sociedade ou do Estado, pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou em razão da própria conduta da criança ou do adolescente.

A família é o *habitat* natural do ser humano, portanto, nenhuma “outra instituição, por melhor que seja, pode substituir a família na criação do ser humano”, e em razão disso, “o legislador coloca como primeira alternativa à família de sangue, quando por quaisquer motivos esta não pode abrigar os seus filhos, a família substituta”. (ELIAS, 2005, p. 21). O direito à convivência familiar não se restringe apenas aos pais e se estende “aos familiares com os quais o menor possui vínculos de afinidade e afetividade”. (CARVALHO, 2013, p. 83).

Rossato e Lépure (2009, p. 27), do mesmo modo, concordam que há preferência para que a criança e o adolescente permaneçam “sob os cuidados imediatos de sua família natural”, e, se isso não for possível, “serão encaminhados a um dos integrantes da família extensa” e, por fim, no caso de “inviabilidade das duas hipóteses anteriores serem implementadas” serão conduzidos para a família substituta, a qual só será indicada quando os direitos fundamentais da criança ou do adolescente forem ameaçados ou violados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente “adota classificação trinária dos grupos familiares”. Segundo se depreende do Estatuto, temos a família natural formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes; a família extensa “formada também pelos parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Poderá evoluir para a família substituta, com algumas ressalvas” e a família substituta, formada pela guarda tutela e adoção. Pode “ser concedida à família extensa, com algumas ressalvas (adoção para irmãos e ascendentes), bem como a terceiros não parentes”. (ROSSATO; LÉPURE, 2009, p. 27).

Nossa Constituição Federal de 1988, no art. 226, determina que a família é a base da sociedade e tem a proteção do Estado e, no parágrafos 3º e 4º desse artigo, ordena que , tal proteção é estendida às entidades familiares formadas pelo homem e pela mulher, reconhecida como união estável, ou por qualquer dos pais e seus dependentes, perfilhada como família monoparental. Como ensina o ilustre Professor das Arcadas, Álvaro Villaça Azevedo (1992, p. 84), os “parágrafos do aludido art. 226 não são taxativos, pois não é o Estado que determina como deva constituir-se a família, mas protege-a sob as variadas formas de constituição”. Assim, os “vínculos que constituem a família combinam-se de vários modos e dão origem a diversas modalidades de arranjos domésticos”, como as famílias nucleares, reconstituídas, recompostas ou mosaicas. (RIVA, 2012, p. 194).

O direito à convivência familiar encontra-se presente em todos os tipos de arranjos domésticos previstos pela legislação constitucional e infraconstitucional, por conseguinte, não se restringe a nenhum deles. Segundo determinação da legislação, qualquer que seja o arranjo familiar, há paridade de direitos entre os filhos “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção” e a atribuição do dever de sustento, guarda e educação dos mesmos com a prescrição de amplos deveres à família, à sociedade e ao Estado.

A “convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”. (LÔBO, 2017, p. 71). Essa relação afetiva ocorre em diferentes cenários, é regulamentada por alguns institutos jurídicos. O direito à convivência familiar está muito presente nas relações paterno-filiais, mas, não se esgota nelas, já que perpassa o exercício da autoridade parental (poder familiar) e as relações socioafetivas, com os avós, com o idoso e com o jovem. (LÔBO, 2017, p. 72).

Lôbo (2017, p. 185) comenta que “nas hipóteses de privação de liberdade de algum ou de ambos os pais” foi editada a Lei n. 12.962 de 2014, que alterou o art. 19 do ECA, para assegurar “a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial”.

Além disso, verifica-se que esse direito, quando violado, também afeta o saudável convívio familiar em relação ao direito de visitas, isto é, quando o genitor guardião, detentor da guarda unilateral, impede ou cria embaraços para o direito de visita. O direito de visita é do filho, para manter contato e vínculos com o genitor; já os pais têm o direito e o dever de realizar visitas, cuidar dos filhos e acompanhar o seu desenvolvimento.



Em muitas situações examinadas verifica-se que condutas negligentes por parte daqueles que deveriam cuidar da criança e dos adolescentes estão muito presentes no cotidiano familiar. No que diz respeito aos reflexos da não observância do direito dos filhos a conviver com os parentes, Carvalho (2013, p. 86) explica que quando o genitor tiver “por objetivo romper os vínculos de afeto do menor com o genitor descontinuo, ao ponto de torná-lo distante e alheio, fazendo surgir no filho a sensação de abandono e repúdio, caracteriza-se o ato de alienação parental”, passível de aplicação das medidas previstas no art. 6º da Lei de Alienação Parental.

O descumprimento injustificado do dever dos pais de oferecer uma convivência familiar saudável dos filhos com os parentes, ao mesmo tempo, caracteriza violação dos seus direitos, abuso do exercício da autoridade parental, “autoriza a aplicação de medidas de proteção para fortalecer ou restabelecer os vínculos familiares” e a imposição de medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. (CARVALHO, 2013, p. 86). Além disso, tanto a legislação especial como a ordinária preveem, respectivamente, a suspensão e destituição do poder familiar, quando configurar as hipóteses nelas descritas. O processo de suspensão e destituição tramita na Vara da Infância e da Juventude com a intervenção do Ministério Público. (art. 201, III, do Estatuto).

## 2.1 Convivência familiar, negligência e síndrome da alienação parental

A convivência familiar constitui um dos corolários dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos; portanto, impedi-la significa negligenciar direitos básicos do filho. Como visto, na prática, vários são os exemplos de negligência que podem ser observados.

A negligência cometida por pais contra seus filhos decorrente do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar

(Código Civil, arts. 1.630 a 1.638 e Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, arts. 21 e 22), pode configurar a alienação parental, ou seja, os pais negligenciam os cuidados básicos – os quais, como visto, podem expressar-se por meio da ação ou da omissão e quando tais atos causarem prejuízo ao desenvolvimento físico, emocional e social – para com seus filhos quando não lhes garantem a digna convivência familiar com o outro genitor.

A Alienação Parental (AP) é um conceito novo junto ao direito brasileiro, e passou a ser prevista em lei a partir de 2010. Ela acarreta “grave fenômeno de disfuncionalidade nas relações de família, e deve ser encarada como a desqualificação da conduta dos pais, feita por um deles, perante os filhos, denegrindo-se a imagem do outro genitor no interesse de prejudica a relação afetiva paterno-filial”. (ALVES, 2017, p. 13). Apesar de a Lei 12.318/2010 não esgotar as formas de alienação parental, ela mostra-se um indicador seguro para a apuração de situações concretas. Assim, no seu art. 3º, entende-se que

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de **convivência familiar** saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente da tutela ou guarda. (grifos nosso).

O direito fundamental à convivência familiar “se refere ao direito da criança ou adolescente ao convívio com ambos os pais, condenando-se a conduta de *alienação parental*”, assim “o próprio direito à convivência familiar inclui o direito de permanecer com vínculos tanto com o pai como com a mãe” e garante o efetivo exercício do poder familiar. (ISHIDA, 2013, p. 50).

É fundamental que os adultos os quais geraram ou não a criança, mas a mantêm sob sua guarda a assumam e a adotem em uma família, que deve recepcionar o local onde ocorre a educação; se aprende o “uso adequado da liberdade”; o ser humano, em

desenvolvimento, deve ser protegido e “é lançado para a sociedade e para o universo”. (RODRIGUES, 2010, p. 110).

## 2.2 Direito à convivência familiar: Declarações e Convenções internacionais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), “já dispunha em seu art. XVI, 3, que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade” e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), art. 9º, para assegurar a convivência em família, prevê o direito da criança em não ser separado dos pais contra a vontade dela”. (ISHIDA, 2013, p. 46).

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, a qual garante, também no art. 19, a proteção contra os maus tratos e a negligência, ao determinar que o Estado deve proteger a criança contra todas as formas de maus tratos por parte dos pais ou de outros responsáveis pelas crianças e estabelecer programas sociais para a prevenção dos abusos e para tratar as vítimas.

1. Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.

Além disso, citada Convenção em seu art. 39, atribui ao Estado a obrigação de assegurar recuperação e reinserção social às crianças vítimas, entre outros de negligência, exploração ou sevícias.

Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para promover a recuperação física e psicológica e a reinserção social da criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração ou sevícias, de tortura ou qualquer

outra pena ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes ou de conflito armado. Essas recuperação e reinserção devem ter lugar num ambiente que favoreça a saúde, o respeito por si própria e a dignidade da criança.

Entre os direitos mais importantes recepcionados pela Constituição Federal brasileira, art. 227, está o direito à convivência familiar “originário da doutrina de proteção integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas”. Essa doutrina “impõe aos Estados-Partes o dever de zelar para que as crianças não sejam separadas dos seus pais contra a vontade dos mesmos”. (ARANTES apud CARVALHO, 2013, p. 79), segundo previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989).

Ainda, para amparar a criança e o adolescente, a Constituição Federal de 1988 agasalhou os princípios e determinações a nível internacional e prevê aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Carta Magna).

a vasta previsão no artigo referido [art. 5º, Constituição de 1988] não é exaustiva. Os incisos não esgotam os direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF), que possuem como princípio fundamental a promoção da dignidade humana, existindo direitos reconhecidos nos princípios adotados e previstos em outras partes da lei maior, bem como positivados e assegurados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. (CARVALHO, 2013, p. 75).

Nessa linha de raciocínio, Carvalho (2013, p. 77) leciona que os direitos fundamentais estão firmados na ideia de dignidade e voltados para a tutela do homem e que a “família surge inclusa nesta sistemática, como instrumento para promoção dos direitos fundamentais e concretização da tutela do existencialismo e da própria dignidade da pessoa humana. A proteção da família possibilita a efetividade da preservação” de cada um de seus membros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, art. 227, “caput” além de atribuir o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à

criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, vários direitos fundamentais, entre eles a **convivência familiar**, também determina que os mesmos devem ser colocados “a salvo de toda forma de **negligência**, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A negligência na relação paterno-filial se configura quando os pais não cuidam do filho, não prestam atenção às suas necessidades básicas e o colocam frequentemente, em um segundo plano. Percebe-se que apesar da “não violência” ou da “violência implícita”, ela pode produzir efeitos bastante negativos sobre a criança e o adolescente e se faz presente em vários institutos de Direito de Família.

A expressão cuidados básicos ou a falta dos mesmos sugere que os cuidados constam de diversos aspectos do criar (dar existência, alimentar, sustentar); do cuidar (dar assistência, tê-lo em sua companhia e guarda) e do educar (prover a educação, transmitir conhecimento, instruir) imprescindíveis para a formação da criança e/ou do adolescente.

Apesar de não se poder responder, no momento, por falta de um estudo mais detalhado acerca das determinantes do comportamento parental negligente, é possível aferir que a negligência é uma forma de não interação dos pais para com seus filhos que pode, portanto, preponderar em algumas famílias.

Os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta da criança e do adolescente direcionam toda legislação infraconstitucional, garantem o direito à convivência familiar da criança e do adolescente com seus pais biológicos ou não, com seus guardiões, com seus representantes legais e com aqueles com quem existem fortes laços de afetividade e de afinidade e visam ao fortalecimento dos vínculos familiares.

Constata-se que a convivência familiar constitui um dos corolários dos direitos e deveres em relação aos filhos, mas não se esgota neles, pois é garantida a outras pessoas com as quais eles possuem vínculos de afinidade e afetividade e que quando os pais

não cumprem o dever de oferecer uma convivência saudável, violam direitos, abusam de sua autoridade e concorrem para situações de alienação parental e de várias formas negligência como a física e a afetiva.

Ao mesmo tempo, foi possível apreender que, em relação à família, seja qual for seu arranjo delineado ou sua forma de constituição ou seu tipo de organização, os vínculos entre adultos e crianças ou adolescentes e, a convivência familiar entre estes e aqueles devem ser firmados com laços de cuidados, afeto, carinho, amizade e respeito e não devem ser negligenciados. Isso porque, apesar de não se viver em Monstrópolis, como Sulley e Mike na epígrafe, na sociedade hodierna também é um “desastre” a presença de crianças “vagando perdidas”, por terem seus direitos transgredidos ou suprimidos, em seus próprios lares.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Alienação parental, ilicitude civil. **Revista IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Edição 32, p. 13, abr./mai., 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família e nova Constituição (arts. 226 e 227, § 6º). In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANS, Semy (Coord.). **O direito na década de 1990: novos aspectos**. Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 1992.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira e Azevedo. Kit Institucional do II Telecurso de especialização na área da violência doméstica contra crianças e adolescentes. Módulo 1 A/B – **Pondo os pingos nos is**. LACRI/IPUSP, 1995.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira e Azevedo. **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. São Paulo: Cortez, 1993.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira e Azevedo. Kit Institucional do II Telecurso de especialização na área da

violência doméstica contra crianças e adolescentes. Módulo 1 A/B – **Pondo os pingos nos is**. LACRI/IPUSP, 2003.

BAZON, Marina Rezende; DACANAL, José Hildebrando; BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes. Vitimização doméstica de crianças e adolescentes: análise de um serviço de acompanhamento familiar. Revista semestral da Faculdade de Psicologia da PUCRS. V. 34, n. 1 (pp 7-22) Porto Alegre: PSICO, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias. **Adoção, guarda e convivência familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CASTRO, Miriam Mesquita Pugliese de. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DESLANDES, Suely Ferreira. **Prevenir a violência**: um desafio para profissionais da saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENSP/CLAVES – Jorge Careli, 1994.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo, Saraiva, 2015.

ERICKSON, Martha Farrell; EGELAND, Byron. Child neglect. In: BRIERE, John et al. **The apsac handbook on child maltreatment**. Sage Publ., 1996.

GUERRA, Viviane Nogueira de.; LEME, Betina. Um tema controvertido: a negligência. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira e Azevedo. Kit Institucional do II Telecurso de especialização na área da violência doméstica contra crianças e adolescentes. Módulo 1 A/B – **Pondo os pingos nos is**. LACRI/IPUSP, 2003.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATIAS, Alessandra da Silva Araujo. **Estudo da prevalência de maus-tratos em crianças de 0 a 6 anos matriculadas em creches e pré-escola da rede pública e particular na Cidade de Ribeirão Preto-SP**. . 2004. 236 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. 25 anos do ECA. **Revista IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Edição 22, p. 6, ago./set., 2015.

RIVA, Léia Comar. **A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda: organização doméstica e negligência**. 2005. 183 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2005.

RIVA, Léia Comar. **União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade**. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Silvio. CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SPINK, Mary Jane; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade: a explicitação dos passos da interpretação. In: SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas**. 3. ed. São Paulo, SP: Cortez, 2004.





# O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES REFLEXÕES

Lisandra Moreira Martins<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O processo penal, como instrumento de garantia e efetivação de direitos fundamentais, deve ser aplicado em consonância com diversos princípios constitucionais. Essa concepção faz sentido ao se recordar que há muito a vingança privada deixou de ser o meio de punição para que um procedimento sob o comando estatal pudesse aplicar a sanção penal, ou seja, houve a limitação à liberdade de punir.

Apenas se materializa um processo penal constitucional com a observância de regras bem delimitadas e compatíveis com as normas constitucionais, pois o modelo de política criminal que o direciona, ou pelo menos deveria, necessita estar inserida na Constituição Federal com um padrão estrutural o qual conduzirá o percurso desde a investigação da infração penal até a execução da pena.

Ao se observar a Constituição Federal de 1988 é possível extrair o próprio fundamento do processo penal, quando no artigo 5º, inciso LIV, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse contexto, impera analisar a dimensão do processo penal na efetivação dos direitos humanos, desmitificando o jargão popular de que esses protegem ‘bandidos’. O respeito às regras constitucionais e a aplicação do

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado “O Processo Penal Constitucional: do Direito Penal Máximo à Política Criminal Minimalista” - (e-mail: lisandramm.adv@hotmail.com).

processo penal constitucional destoam da impressão de impunidade. Garantir um processo transparente, obediente às normas materiais e processuais é reafirmar que vige um Estado Democrático de Direito, o qual torna possível a materialização de valores imprescindíveis à vida comum em sociedade, tais como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

Desta forma, será analisado o processo penal constitucional e a finalidade na aplicação do direito material por meio desse diante de um sistema falido que não gera qualquer resultado positivo, na grande maioria dos casos, desrespeitando direitos humanos e a própria essência da pessoa humana, o que leva ao questionamento sobre a crise ou estado de permanência e desrespeito às garantias fundamentais do investigado/processado/condenado. Com isso, a materialização dos direitos humanos é questionável no decorrer do processo penal, enfraquecendo-se conquistas vindas de lutas importantes no decorrer da história, a exemplo do final do processo penal inquisitório.

Por fim, esclarece-se que o presente estudo, pautado no método dedutivo e na pesquisa bibliográfica, não esgota as inquietudes sobre o tema, pelo contrário, fomenta a reflexão sobre as peculiaridades procedimentais que colocam em xeque o processo penal constitucional idealizado no modelo estatal adotado no Brasil.

## **1. A Constituição Federal: pedra angular do processo penal**

O Estado Democrático de Direito, inaugurado na Constituição Federal de 1988, representou o fim teórico de um período autoritário de extremo rigorismo penal formado pela sobreposição do direito de punir em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. A partir de então, o choque de valores constitucionais com as normas infraconstitucionais causou a necessidade de uma releitura do sistema penal punitivo.

Vê-se que já não era mais possível a aplicação isolada das normas processuais, visto que surge a exigência de uma releitura dessas a partir da Constituição Federal. No campo do processo penal, inúmeras são as legislações anteriores que, uma vez lidas de forma isolada, ofendem o próprio fundamento das regras processuais e ofende princípios e garantias constitucionais.

Essa releitura nada mais significa que a ruptura da aplicação por si só de regras que ferem os valores consagrados na Constituição Federal. Nasce a exigência de uma filtragem constitucional (BARROSO, 2013, p. 390), ou seja, a análise se a norma é ou não compatível com os valores estabelecidos constitucionalmente.

Em um primeiro momento, essa noção de compatibilizar normas infraconstitucionais com as constitucionais a fim do próprio fundamento do Estado Democrático de Direito ser consolidado parece tarefa fácil, todavia, inúmeras são as dificuldades presenciadas para a solidificação de um processo penal verdadeiramente constitucional.

A saga punitivista sempre possuiu força para angariar adeptos da política criminal do horror, do rigorismo penal e punição a qualquer custo, somando-se a exposição midiática do processo penal e condenação antecipada com o misto de falsa sensação de segurança, aumento da criminalidade organizada e impunidade. Há um desvalor das políticas públicas basilares, transferindo-se à “prima pobre”- política criminal (BATISTA, 2011, p. 34) problemas que não serão solucionados a curto, sequer em longo prazo, na esfera penal.

Desta feita, o último recurso a ser utilizado na manutenção da paz social é eleito (ROXIN, 2004) como solucionador de problemas que longe de serem sanados são agravados a cada pena aplicada àquele que é excluído socialmente e não teve a oportunidade de se socializar, muito menos terá de se ressocializar. Percebe-se a nítida degradação do Estado em fornecer políticas sociais eficazes e

garantir aos cidadãos a proteção tão enfática no texto constitucional.

Como exemplo, basta lembrar o elevado número de refugiados em situação de despejo de “lixo humano”, como trata Bauman (2007, p. 55) no obra “Tempos Líquidos”, nítida revelação de que o Estado social o qual deveria proporcionar uma comunidade inclusiva passa a ser um “(...) Estado “excludente”, da “justiça criminal”, “penal” ou do “controle do crime””. É a opção em levar ao sistema penal problemas não solucionáveis nessa seara, esquecendo-se também de que o estado penal é o último a ser acionado, justamente pela invasão avassaladora que é na vida do cidadão, sem interação que conduza a uma transformação social.

A Constituição Federal de 1988 ao traçar limites ao *jus puniendi* e delimitar diversos princípios processuais penais deve ser a viga mestra do processo penal. O Código de Processo Penal vigente no Brasil, de 1941 não pode ser aplicado desprezando-se esses princípios, portanto, é necessária a constante avaliação sobre a efetividade e a normatividade das disposições e compatibilidade com os ditames constitucionais.

O processo penal deve ser constitucionalizado em cada etapa procedimental, com a interpretação a partir da Lei Maior, evitando-se ao máximo a diminuição das garantias processuais, pois essa é nítida característica de um Estado punitivo e coloca em risco a própria democracia (COSTA, 2010). Aliás, é a democracia que traz legitimidade ao processo penal, por isso inaceitável a sua aplicação isolada, sob pena de violar direitos e garantias constitucionais.

Considerando a Constituição Federal como pedra angular do processo penal, o princípio democrático incidirá como limitador ao exercício do poder (CASARA; MELCHIOR, 2013), servindo como proteção frente ao poder estatal, traçando limites para que a intervenção na vida privada não se torne absoluta. É por isso que regras devem ser respeitadas para a invasão estatal na vida do cidadão processado, não se admitindo pena sem processo,

liberdade restringida sem fundamento legal, invasão da privacidade senão nos casos previstos em lei, nítido controle que reafirmar os direitos e garantias individuais.

Conforme Aury Lopes Jr. (2017, p. 30), com uma Constituição democrática como é a do Brasil, admite-se apenas um processo penal democrático, “visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

Nesse cenário, não cabe mais um processo preocupado apenas em aplicar o direito material e as respectivas sanções penais, o fundamento não está nessa finalidade - deixando-se aqui de abordar a discussão se a pena realmente é um mal necessário -; e sim concretizar a proteção própria do Estado Democrático de Direito, sob pena de se locupletar na saga punitivista com meros índices estatísticos.

Assim sendo, as garantias processuais as quais abordadas no próximo item demonstram que a finalidade democrática consiste na devida proteção do cidadão e a dificuldade que reside no processo penal é justamente conciliar essa função com a de evitar a impunidade, proporcionar a segurança pública. Segue um caminho que parece bifurcado e de difícil conciliação, busca-se a aplicação da justiça, porém sem ferir valores que forma eleitos na Constituição Federal.

## **2. As garantias processuais penais em tempo de “crise”**

O sistema de justiça penal, como qualquer outro sistema, não pode funcionar de maneira isolada no ordenamento jurídico. Há a necessidade do entrelaçamento com o sistema constitucional e a observância dos fins a serem alcançados que justificam a sua existência. Esse sistema vem passando por uma profunda crise, uma vez que a finalidade teórica é muito distante da prática, levando-o a um descrédito e a constante discussão de remodelagem das normas existentes.

Mesmo com valores democráticos bem delineados na Constituição Federal, concorda-se com Rubens R. Casara (2017) no sentido de que esses estão desaparecendo, pois já nos encontramos numa pós-democracia, em que o fruto da crise permanente passa a ser visto como uma nova realidade inserida. Diversas garantias processuais e direitos fundamentais estão sendo negados pela ausência de uma política criminal sólida e de políticas públicas também, atrelado ao fato de que o processo penal é seletivo e excludente (ANDRADE, 2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme previsão do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 confirma o já mencionado de que a pessoa é o fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, 2008). A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que eleva o valor humano acima da intervenção estatal, portanto, ainda que o cidadão seja investigado, indiciado, processado criminalmente ou condenado, ele não perde essa essência de sujeito de direitos. Todos os atores jurídicos merecem um tratamento digno (GRECO, 2013).

Dentro desse tratamento digno insere-se o devido processo penal que irá fiscalizar o Estado na atuação do *jus puniendi*, evitando-se atuação arbitrária que possa ferir a liberdade do processado (artigo 5º, LIV, CF). A partir desse, todo o aparato processual é esmiuçado para se consolidar um processo penal justo com diversas garantias.

A ampla defesa (artigo 5º, LV, CF) compõe-se do direito à defesa técnica e o direito à autodefesa durante o processo. Ao acusado deve ser resguardado o direito de ser acompanhado obrigatoriamente por profissional técnico-jurídico que exercerá uma defesa de qualidade, com paridade de armas, sob pena de o réu ser declarado indefeso, eis a garantia da própria justiça (FERNANDES, 2012).

O princípio do contraditório (artigo 5º, LV CF) garante o conhecimento da acusação e dos atos processuais e oportuniza o

exercício da ampla defesa, proporcionando equilíbrio entre as partes no processo, às quais é conferida a participação.

Outro princípio de destaque é o da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF), o qual como garantia processual busca trazer ao acusado um tratamento com mais dignidade, sobrelevando o direito à liberdade. Na 'crise' já mencionada, a discussão em torno desse valor está em voga desde o julgamento do pelo Supremo Tribunal Federal do HC 126.292, que por maioria dos votos decidiu-se que a presunção de inocência vigora até a prolação da sentença, confirmada em segundo grau; após, exaure-se o princípio da não culpabilidade, sendo possível a execução provisória da pena. Vale registrar, que a referida decisão não unânime ainda repercute na jurisprudência e doutrina dividindo opiniões no percurso de repensar o processo penal.

Como exemplo, Ada Pelegrini Grinover (2017) defendeu o julgado demonstrando que o direito está sempre em movimento e deve ser interpretado de acordo com a realidade presente, por isso com a interpretação evolutiva afirma que a execução provisória da pena nos moldes avençados não fere as garantias processuais. É uma necessidade atual para evitar impunidades oriundas de prescrições intercorrentes e recursos muitas vezes de natureza protelatória. No STF a celeuma também continua, basta lembrar que o Ministro Gilmar Mendes mudou o entendimento ao julgar o Habeas Corpus 142.173, seguindo o posicionamento de Toffoli no julgamento do HC 126.292, que votou no sentido de que a execução deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial no STJ (ROVER, 2017).

Outro destaque é a imparcialidade do juiz, imprescindível em um sistema processual democrático, já que afasta decisões com juízos prévios e que contaminam subjetivamente o julgador, o qual deve ser um fiscal dentro do processo penal, proibindo arbitrariedades e prezando pela aplicação do direito de forma isenta. A imparcialidade deve ter início com a própria inércia do



órgão julgador, seguindo com a gestão das provas pelas partes (CASARA; MELCHIOR, 2013).

A motivação das decisões (artigo 93, IX, CF) exige a fundamentação para que haja um controle do trabalho jurisdicional. Não retira a liberdade de o juiz decidir de acordo com o seu convencimento, todavia, invoca a transparência e comprometimento com a resposta social e segurança jurídica no sistema acusatório (artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal). Esse é mais um direito fundamental, saber qual a motivação da decisão que interfere na vida privada do sujeito.

Arelada às demais garantias, a publicidade dos atos processuais e das atividades estatais integra o devido processo legal (artigos 5º, LX e 93, IX, CF). O conhecimento dos atos processuais com o direito de acesso aos autos proporciona um maior controle da prestação jurisdicional não apenas pelas partes processuais, mas pela própria sociedade. Essa publicidade não quer dizer a exposição a ponto de se ter um julgamento antecipado e sem o devido processo penal pela mídia e pelos populares. Lembre-se que a própria Constituição Federal vela pelo respeito à integridade física e respeito à imagem de todos, além é claro da presunção de inocência já abordada.

Observa-se, então, que a Constituição Federal traça as garantias processuais penais, protegendo de forma legítima o acusado a fim de coibir a punição a qualquer custo com a defesa de uma falsa política criminal de eficiência. Desde a criminalização primária, com a sobrecarga de tipos penais e endurecimento de regras processuais até a secundária há a necessidade de desacelerar a atividade punitivista desarrazoada, engessada na edição ilimitada de leis penais, restrição de direitos para um resultado categoricamente distante dos realmente noticiados.

Fosse o processo penal verdadeiramente democrático, possuiria como *prima ratio* a proteção dos direitos e garantias individuais, essa é a instrumentalidade que deve prevalecer,

lembrando que essa proteção se perdura até o cumprimento da pena.

O fato é que as garantias processuais continuam sendo alvo de uma luta incessante de reafirmação dos direitos humanos. Essa constante leva a reflexão de que ainda não se atingiu um processo penal democrático na sua própria essência. As inúmeras contradições sobre a aplicabilidade e o procedimento a ser adotado em muitos instrumentos processuais demonstram isso: aumento de conduções coercitivas do réu na fase de investigação, delações premiadas que condenam previamente o réu pela mídia, prisões cautelares pautadas na garantia da ordem pública sem o apontamento preciso dessa necessidade, entre outros. Não cabe a esse estudo analisar casos concretos que demonstram essa afirmação, mas sim trazer à baila o quão prejudicial é à democracia um processo penal enfraquecido ainda com caracteres de um estado de exceção, o que afasta a efetivação dos direitos humanos.

### **3. A materialização dos direitos humanos no viés processual penal**

O processo penal como instrumento de proteção do sujeito de direitos é delineado ainda nos pactos e tratados internacionais. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se o desafio da reafirmação e efetivação de direitos que protegem a condição humana, os direitos humanos, aqueles essenciais e que obrigam Estados e entes privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a dispensar um tratamento digno a todas as pessoas, sem qualquer distinção, uma vez que sujeitos do mesmo rol de direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é pioneira na eleição do princípio da prevalência dos direitos humanos como orientador das relações internacionais, funcionando como critérios de interpretação e de integração ao sistema jurídico (PIOVESAN, 2012). Desta maneira, houve o rompimento da teoria de soberania estatal absoluta para dar lugar à proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, a partir de 1988 é inserido no Brasil um vasto rol de direitos previstos nos tratados internacionais, nos quais aquele é um dos signatários.

A Constituição Federal de 1988 se une aos demais instrumentos de proteção aos direitos humanos, agregando à missão de irradiar a importância dos direitos fundamentais, que são de ordem interna, e os mecanismos também de proteção internacional. Observa-se que a questão dos direitos fundamentais ultrapassa as fronteiras e ganha nível universal.

No processo penal, conforme leciona Cândido Furtado Maia Neto (2006):

(...) os instrumentos internacionais de Direitos Humanos expressam com clareza as cláusulas sobre garantias judiciais para o devido processo legal, tais dispositivos pertencem ao ordenamento jurídico pátrio vigente, nos termos legislativo próprio de adesão e de ratificação. (art. 59 CF e art. 5º § 3º - Emenda Constitucional nº 45/2004).

Cumprir acrescentar a importância do devido processo legal no sistema processual brasileiro. Um processo devido também é legítimo e, conforme expressa Convenção Européia de Direitos Humanos, esse é justo e equitativo, por fim, democrático (NASCIMENTO, 2007). Desta maneira, o processo penal na perspectiva constitucional serve como propulsor dos direitos humanos.

Por isso é que um processo penal carregado da cultura inquisitorial e influenciado pela falsa bandeira da estatística da impunidade, aumento da criminalidade urbana e solução para problemas sociais afetos à outra espécie de política que não a criminal desmerece os direitos humanos, afrontando direta e indiretamente a dignidade não só do réu, mas de toda a sociedade, uma vez que atinge a própria democracia.

Destaca-se que:

Não pode e não deve haver discurso “jurídico” em favor da flexibilização das garantias fundamentais, posto que ao se atropelarem direitos processuais

individuais e se permitirem em determinadas situações, mesmo que excepcionalmente, produção de provas ilícitas, infiltrações policiais, delações premiadas, estaremos concorrendo para a quebra do Estado Democrático e dos princípios gerais que norteiam a tutela geral da cidadania. O neo-positivismo jurídico significa respeito integral ao princípio da legalidade e por consequência a soberania, a validade e a hierarquia vertical das normas, trata-se de ideologia em prol dos Direitos Humanos da cidadania e não dos interesses do Estado ditatorial (MAIA NETO, 2006).

Em tempos em que o processo penal ganhou tamanha evidência, com notícias diárias sobre investigação e o acompanhamento de procedimentos processuais, preocupa-se com o caminho paradoxal que poderá persistir mesmo com o vindouro novo Código de Processo Penal, ora há o enaltecimento do processo penal das garantias, ora a necessidade do rigorismo penal e a adoção de teorias maximalistas.

O caminho já percorrido demonstrou as atrocidades causadas por um processo inquisitorial, com ausências de garantias para a proteção do réu na produção da verdade. O réu era tratado como objeto a fim de se alcançar a verdade 'real', por isso no totalitarismo a confissão era considerada como a rainha das provas e nessa entoada a dignidade da pessoa humana esquecida.

No conflito entre a busca da verdade e punição com a liberdade e integridade do réu, prevaleciam os métodos de tortura, confissão como valor supremo de prova, tarifação de provas, sigilo processual como regra, dentre outros que sedimentavam o processo como uma pena em si mesmo. Lembre-se que muitas vezes a pena era menos invasiva como os meios utilizados para a obtenção da confissão.

Assim sendo, cada componente processual penal deve ser repensado na medida da materialização dos direitos humanos. Se pelo processo penal é possível medir a que 'nível' encontra-se o Estado Democrático de Direito, hoje pode-se dizer que abaixo do esperado e em contradição com os direitos humanos, que não são apenas para bandidos, mas é nas masmorras que se presencia violações vultuosas a esses.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora exposto, na esperança de galgar um processo penal verdadeiramente democrático, resta somar-se aos inúmeros trabalhos científicos que se preocupam com o direcionamento desse instrumento num momento em que é desacreditado pelas falsas promessas.

A Constituição Federal, ao apresentar diversas garantias processuais não pode se esquecer na aplicação concreta do direito penal, o qual deveria ser o último recurso a ser utilizado na sociedade, porém, não é recente que foi descoberto como um meio de obscurecer problemas sociais insanáveis nessa seara.

Apregoar que o sistema processual penal é democrático, visto que fundamentado na proteção da pessoa humana frente ao poder de punir do Estado, é um ideal que requer uma remodelagem do aplicado e da própria cultura inquisitorial que persiste há séculos. Além do mais, a defesa das garantias processuais e sua prevalência frente ao poder de investigação e de acusação deve ser uma máxima obedecida durante todo processo penal. Cabe ao Estado no exercício do *jus puniendi* utilizar meios procedimentais eficientes sem excluir o caráter de cidadão do investigado/processado.

O processo penal ou é democrático ou não é, eis que não são compatíveis instrumentos procedimentais que excluem direitos com fundamentos de eficiência ao controle da criminalidade, segurança pública, por exemplo. Pode até ocorrer restrição ou conflito entre direitos, com já se sabe, mas limitá-los de maneira infundada em prol de uma medida falaciosa é negar a própria existência do processo penal.

Por fim, espera-se que a construção e defesa processo penal constitucional fortaleça e frutifique na proteção e materialização dos direitos humanos, somando-se às políticas públicas e não as substituindo, obscurecendo o papel social do Estado. Para tanto, faz necessário continuar a análise minuciosa de instrumentos e

métodos processuais, suas finalidades, aplicação prática, resultados e efeitos processuais e sociais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. **Sistema penal x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> >. Acesso em: 20 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 – Habeas Corpus. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

\_\_\_\_\_; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. v.I.: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização: reflexões não locais e poucos globais**. Portugal: Coimbra, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GRINOVES, Ada Pelegrini. **Execução provisória da pena: os caminhos do STF.** In: **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes.** São Paulo: LiberArs, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA NETO, Candido Furtado. **Direitos humanos individuais fundamentais no Processo Penal Democrático: blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de abuso de poder.** Disponível em: < <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=1498>>. Acesso em: 29 de jan. de 2018.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: (Coords.) MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A constitucionalização do processo penal: reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático. In: (Coords.) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ROVER, Tadeu. **Gilmar Mendes volta a afastar a execução da pena após a condenação em segundo grau.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-19/hc-gilmar-mendes-volta-afastar-execucao-provisoria-pena>> Acesso em: 5 jan. 2018.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3.ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

# A IRRETROATIVIDADE DA LEI COMO ASPECTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO ATO JURÍDICO PERFEITO

Mário Lúcio Garcez Calil<sup>1</sup>

Carlos Malta Leite<sup>2</sup>

Ricardo Pinha Alonso<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escrito, em regime de cooperação, com os estudos realizados no decorrer das atividades do Grupo de Pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado á linha de pesquisa "Construção do Saber Jurídico", do Mestrado em Direito do UNIVEM.

A segurança jurídica tem sido frequentemente confundida com a simples "preservação do passado." Ocorre que o instituto vai muito além. Durante muito tempo, a proteção do ato jurídico

---

<sup>1</sup> Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-lider do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. <mario.calil@yahoo.com.br>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. <carlosmaltaite@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Líder do Grupo de Pesquisa " A intervenção do poder público na vida da pessoa " junto ao programa de Mestrado do UNIVEM. <ripial@univem.edu.br>



perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada diante da retroatividade da lei tem sido considerada suficiente para preservar a segurança jurídica.

No que concerne especificamente ao ato jurídico perfeito, todavia, sua proteção vem sendo relativizada, tendo em vista sua natureza constantemente “privatista” (contratual, por exemplo). Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é estudar as relações entre o direito fundamental à segurança jurídica, a irretroatividade da lei e o ato jurídico perfeito.

Proceder-se-á a uma pesquisa bibliográfica, nos referenciais nacionais e estrangeiros pertinentes. Além disso, será feita uma pesquisa documental na Constituição Federal de 1988 e nas legislações civis do Brasil e da Argentina. Justifica-se a importância do estudo da segurança jurídica para a efetivação dos mandamentos do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho se divide em três partes. Na primeira, será estudada a ideia de segurança jurídica. Em seguida, será estudada a segurança jurídica como direito fundamental para, em seguida, ser tratado o conceito de ato jurídico perfeito e (i)rretroatividade das leis.

## **1. A ideia de segurança jurídica**

A segurança jurídica é um instituto complexo, que demonstra uma tônica “adjetiva”, de modo que confere uma “qualidade” ao direito. Segurança” deriva do latim *securitas*, que significa “qualidade de seguro ou “certeza”, bem como “[...] qualidade do ordenamento jurídico que implica a certeza e previsibilidade de suas normas”. (SCJN, 2005, p. 11-12)

Significa “previsibilidade na aplicação das normas”. Segurança jurídica é a certeza que o cidadão deve ter de que sua pessoa, documentos, família, posses e direitos serão respeitados pela autoridade que, se precisar afetá-los, deverá fazê-lo por meio de

procedimentos previamente estabelecidos na Constituição e nas leis infraconstitucionais. (SCJN, 2005, p. 11-12).

Desse modo, “segurança” se refere a uma ideia de “certeza” de aplicação do direito de acordo com a Constituição. Mais do que isso, é uma condição ou uma “qualidade” do direito, na qual se demonstra sua amplitude, a permitir a realização efetiva e durável dos projetos de sujeito de direitos.

A norma jurídica pode ser entendida como regra de organização voltada à prevenção de conflitos. Pode-se, assim, invocar o papel da justiça como forma de estreitar o papel das regras do conflito ou do benefício que a ela se relaciona (PENNEAU, 2003, p. 1). Mais do que “certeza do direito”, a segurança jurídica se relaciona à concretização da própria Justiça.

Não bastasse, essa segurança em sentido jurídico refere-se à própria segurança social, definida como a expectativa de que o ordemaneto jurídico intervenha nos domínios social e econômico e assuma um papel de proteção em favor do pobre e do inculdo. (BERTEA, 2011, p. 143).

Um conceito amplo de certeza indica uma aspiração a vários aspectos do uso do poder coercivo, que pode ser proclamado como direito subjetivo constitucionalmente protegido. Definir a necessidade de certeza como direito fundamental demonstra a convicção de que é um interesse generalizado, cuja proteção constitucional vale a pena. (BERTEA, 2011, p. 147)

Além disso, embora pareça impróprio, do ponto de vista estritamente jurídico, essa construção é uma fórmula ideologicamente efetiva para se entender que a segurança jurídica, em nossos dias, é uma expectativa profunda e generalizada que aqueles que detêm o poder devem levar em consideração. (BERTEA, 2011, p. 147)

Ocorre que a segurança jurídica não se resume à proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e direito adquirido, mas são todos aspectos fenomênicos do princípio. (GUSSI, 2005, p. 100)

Aliás, a própria indeterminação do conceito favorece a maior concreção de seus aspectos especiais (FERNÁNDEZ, 1997, p. 38).

Ocorre que existe, há muito tempo, certa tendência ao “estreitamento” do conceito de segurança jurídica, ao se relacionar o instituto à questão processual. Interessa-nos, porém, no presente contexto, tratar especificamente dos aspectos ato jurídicos relacionados à segurança jurídica e à irretroatividade da lei.

## **2. A segurança jurídica como direito fundamental**

A segurança jurídica não pode ser vista como uma “regra”, pois sua fluidez não permite qualquer análise concreta acerca de sua “validade” no caso concreto, de modo que deve, isso sim, ser entendida como um “princípio”, que deve ser “otimizado” pelo aplicador do Direito.

Um dos desafios da nova hermenêutica constitucional é a concretização efetiva dos direitos fundamentais positivados pelas Constituições modernas, tendo em conta que, em regra, referidos direitos são constitucionalizados por meio de princípios. Sua abstração se mostra prejudicial na aplicação nos casos concretos. (CALIL, 2012, p. 72)

Essa tarefa é ainda mais imperiosa no contexto da Constituição de 1988, tendo em vista a existência de um extenso catálogo de direitos fundamentais consagrados pelo seu texto, por intermédio de princípios, que se encontram em permanente conflito no plano dos fatos. (CALIL, 2012, p. 72)

A mera posituação da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada seria, por si, capaz de levar o operador do direito a concluir pelo caráter de direito fundamental da segurança jurídica. Sua natureza principiológica confere ainda maior ênfase ao direito que esse princípio faz surgir. (MOREIRA, 2010, p. 56)

Aliás, cada vez se sente com mais força a exigência irrenunciável àquilo que pode ser definido como um “direito à

certeza” ou, em termos mais amplos, um “direito à segurança”, que compreende um núcleo estritamente jurídico, que apresenta uma dimensão objetiva e uma subjetiva (que coincide com a certeza jurídica). (FARALLI, 2003, p. 76-77)

Assim, a noção de certeza não tem apenas um caráter objetivo; é uma expectativa relacionada a vários aspectos do poder coercitivo, um direito constitucionalmente protegido, pois é um interesse digno de proteção constitucional. (BERTEA, 2011, p. 147). É necessário, contudo, analisar sua “fundamentalidade” no ordenamento constitucional brasileiro.

A segurança é um dos direitos que a Constituição deve buscar e proteger. É um conceito muito amplo, que se estende para incluir defesa contra os riscos para a vida pessoal e social, doença e desemprego, contra os perigos do desenvolvimento técnico, industrial. Inclui, todavia, um núcleo estritamente legal. (FARALLI, 2003, p. 13)

É óbvio, porém, que não seria possível atingir a segurança jurídica somente a partir do ideal da “certeza do direito”. Outros princípios devem ser colocados ao lado da segurança jurídica no momento de sua concretização, tendo em vista que se encontram em constante interpenetração, em harmonia e conflito, simultaneamente.

Assim, a conexão da segurança jurídica com os demais princípios gerais do ordenamento é a autêntica forma de garantir seu respeito e observância. A determinação do conceito considerado em si mesmo pende em favor da maior concreção dos aspectos especializados aos quais se relaciona. (PALMA FERNÁNDEZ, 1997, p. 38)

Também na Constituição do Brasil é possível apresentar a segurança jurídica como direito fundamental, inclusive, textualmente.<sup>4</sup> Ocorre que, ao contrário do que se possa pensar,

---

<sup>4</sup> “No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no *caput* do

referido conjunto de direitos não se encontra vinculado à legalidade ou à “tipicidade estrita”, mas, sim, à dignidade humana.<sup>5</sup>

Para se garantir segurança jurídica, não há como desconsiderar a necessidade de garantia de um nível mínimo de proteção social, bem como de confiança na manutenção de condições básicas de vida, especialmente em um Estado Democrático de Direito, inequivocamente comprometido com realização da justiça social. (SARLET, 2004, p. 117).

Diante disso, a ideia de “confiança legítima” enquanto segurança jurídica em sentido subjetivo extrai-se da Constituição. Evidencia-se, além disso, sua estrutura normativa de princípio, tendo em vista sua fluidez e sua abstração. Aliás, diversos outros princípios “concorrem” para a sua concretização.

---

artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica”. (SARLET, 2004, p. 91)

<sup>5</sup> “Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade.” (SARLET, 2004, p. 114)

Infere-se que a segurança jurídica é a soma de todos esses princípios, equilibrados para promover, na ordem jurídica, a justiça, a igualdade e a liberdade. Essa concepção unitária, cumulativa e “onicompreensiva” da segurança jurídica não exclui, porém, a possibilidade invocar cada uma de suas manifestações. (PÉREZ LUÑO, 1994, p. 40)

A interpretação sistemática da Constituição estimula uma hermenêutica dos vários direitos fundamentais que concretizam a segurança jurídica. Sua ausência privaria a Constituição de manifestações da segurança em conexão com o substrato contextual que explica seu sentido e sua razão de ser. (PÉREZ LUÑO, 1994, p. 40)

No Estado Democrático de Direito, a proteção da confiança legítima (direito fundamental à segurança jurídica) não é exclusivamente um direito de defesa, referente à liberdade; é, sim, um direito fundamental voltado a resguardar diferentes aspectos da proteção à pessoa.

Destaca-se, dessa forma, a radical modificação estrutural do princípio da segurança jurídica a partir da superveniência do Estado Democrático de Direito. Passa-se do ideal de estabilidade do direito para o ideal de dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um direito fundamental.

### **3. O ato jurídico perfeito**

Uma das características principais da segurança jurídica, em sua formatação clássica, é a preservação do “passado”. Trata-se, aliás, de um “princípio geral do direito”, aplicável não somente ao direito privado, mas, sim, a abundantes situações relacionadas às atividades legiferante, administrativa e jurisdicional do Estado.

A inviolabilidade do passado tem fundamento na natureza do ser humano, que ocupa um ponto no tempo e no espaço, e que seria infeliz se não pudesse estar seguro sequer quanto à sua vida passada. Encarar de outra forma equivaleria a querer mudar, pelo

direito, a natureza, revivendo as dores, sem, contudo, restituir as esperanças. (RÁO, 1979, p. 428)

Não se trata somente de uma questão jurídica, portanto. A preservação do passado, cristaliza os resultados das lutas da por direitos. É justamente essa ideia de absoluta “preservação” do passado que parece permear o direito nacional, de acordo com o que preceitua o Art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.<sup>6</sup>

O referido diploma, no mesmo sentido, traz alguns conceitos relacionados aos institutos a serem preservados. O “ato jurídico perfeito” é assim definido: “§1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.” (BRASIL, 1942, n.p.)

Na expressão “ato jurídico perfeito”, o vocábulo “perfeito” está no sentido de “acabado”, não de “irrepreensível” ou “íntegro”. Assim, se o ato se completou na vigência de uma lei, nenhuma lei posterior pode incidir sobre ele, tirando-o do mundo jurídico. “Perfeição”, aqui, é sinônimo de “conclusão”. (CRETELLA JUNIOR, 1998, p. 460)

A “perfeição” do ato jurídico não é uma qualidade, mas um “estado” referente ao preenchimento de requisitos legais vigentes à época de sua prática. A tradição de preservação do ato jurídico perfeito e a ideia de não-intervenção, tendo em vista sua característica “privatística”, demandam a análise do conceito sob o prisma da segurança jurídica.

#### 4. A (ir)retroatividade da lei e a segurança jurídica

O anseio por segurança pode ser extraído do conflito entre as necessidades humanas individuais e a forçosa convivência em sociedade. E, se *ubi societas, ibi jus*, o Direito não pode restar alheio à necessidade de conformação do homem às mudanças sociais e às

---

<sup>6</sup> “Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. (BRASIL, 1942, n.p.)

várias formas mediante as quais essas nuances atingem o indivíduo.

Somente a lei, então, poderia caracterizar um ato como “perfeito”. Trata-se de uma “perfeição artificial”. Ocorre que, como foi visto acima, a segurança jurídica é muito mais do que a mera “preservação do passado”. Sua definição se relaciona com o próprio ideal de Justiça.

Sob o prisma da segurança jurídica, ainda se justifica a irretroatividade da lei diante do ato jurídico perfeito. A busca da segurança jurídica por meio da irretroatividade da lei é um princípio de direito antiquíssimo, que pode ser considerado uma questão de direito natural, “[...] correspondente a uma Justiça superior”. (MONTEIRO, 1966, p. 36)

Aliás, é inerente ao próprio sentimento de justiça e é sobre ele que se assenta a estabilidade dos atos jurídicos perfeitos que, inclusive, no Brasil, é uma garantia constitucional: “Se a irretroatividade é a regra, a retroatividade será a exceção”. (MONTEIRO, 1966, p. 38)

A intangibilidade de certos institutos conduz à garantia de segurança jurídica. A mera positivação da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, por si só, é capaz de levar à concluir sobre caráter de direito fundamental da segurança jurídica. (MOREIRA, 2012, p. 56)

Além disso, leva à mesma conclusão a natureza principiológica da segurança jurídica, “[...] que abarca as relações jurídicas em geral, confere ainda maior ênfase ao direito que o próprio princípio faz surgir: o de ter o cidadão a segurança nas suas relações amparadas no direito”. (MOREIRA, 2012, p. 56)

Justamente em decorrência da importância de tal instituto, há quem combata, terminantemente, a possibilidade de a lei retroagir. Ocorre que é, sim, possível, que a lei nova atenda a “[...] um maior interesse social, devendo, por conseguinte, retroagir”. (RODRIGUES, 2007, p. 28)



Nos casos de interesse social, a lei nova tem aplicação imediata. Permite-se a retroatividade da lei, mas é preciso preservar situações consolidadas. O interesse individual prevalece. A lei pode retroagir, "[...] apenas não se permite que ela recaia sobre o ato jurídico perfeito, sobre o direito adquirido e sobre a coisa julgada". (RODRIGUES, 2007, p. 28-29)

O requisito *sine qua non*, para a aplicação imediata é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada." (MONTEIRO, 1966, p. 39). Em uma sociedade caracterizada por transformações, mobilidade e diversificação contínua portanto, a lei, geral e abstrata, "[...] perde cada vez mais o seu papel central". (FARALLI, 2003, p. 59).

Desde o final do século XVIII, todavia, as profundas transformações sociais e econômicas resultantes da revolução industrial, a erosão do poder da burguesia e o nivelamento das várias classes sociais produziram profundas conseqüências no Estado de Direito. (FARALLI, 2003, p. 59).

Assim, o dogma da plenitude da ordem jurídica tornou-se insustentável em uma realidade em transformação, na qual novas atividades e novas relações econômicas fazem surgir, continuamente, a necessidade de novas instituições e relações jurídicas correlativas. (FARALLI, 2003, p. 59).

Assim, em uma sociedade na qual ocorrem tão rápidas e constantes mudanças, não se pode ater ao dogma da estrita irretroatividade das leis, pois sempre novas e atualizadas normatizações devem vir à baila. Caso contrário, o próprio Direito correria o risco de perder sua influência social

O ordenamento jurídico equilibra-se, assim, entre os pólos da segurança e da inovação: "Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão "princípio da segurança jurídica" marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência." (MARTINS-COSTA, 2004, p. 113).

Como, porém, compatibilizar a possibilidade de retroação da lei com a necessidade de inovação? O Art. 3º do Código Civil argentino (com redação dada pela Lei 17.711 de 1968) parece ter encontrado engenhosa solução para compatibilizar a segurança jurídica e a necessidade de evolução, de modo a que seja preservado o equilíbrio.

De acordo com o dispositivo, é possível que a lei retroaja, porém, preservando os direitos e as garantias constitucionais (ARGENTINA, 1968, n.p.).<sup>7</sup> Nesse diapasão, no capítulo reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988 preserva o ato jurídico perfeito.<sup>8</sup> É nesse sentido que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.<sup>9</sup>

Desse modo, a segurança jurídica se volta à interpretação do direito a partir da Constituição, de maneira unitária e garantidora da aplicação e da efetividade de suas disposições. Somente assim a segurança jurídica passará a configurar a ideia de confiança legítima, que representa sua faceta material.

---

<sup>7</sup> "Art. 3º A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán a ún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales". (ARGENTINA, 1968, n.p.).

<sup>8</sup> "Art. 5º. [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;". (ARGENTINA, 1968, n.p.).

<sup>9</sup> "Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Direito Civil. Princípio da legalidade. Ato jurídico perfeito. Revisão judicial dos contratos para coibir enriquecimento sem causa. Possibilidade. Contrato de mútuo. [...] 2. A jurisprudência da Corte é de que a garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a possibilidade da revisão judicial do contrato para coibir enriquecimento sem causa". [...] (BRASIL, 2016, n.p.) "Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo. Consumidor. Plano de saúde. Dano moral. Violação ato jurídico perfeito. Inocorrência.[...] A questão só entra no plano constitucional quando a eficácia inerente ao ato jurídico perfeito é violada pela aplicação de uma nova lei, discutindo-se matéria de direito intertemporal. [...]". (BRASIL, 2015, n.p.) "Ato Jurídico perfeito e Acabado. Cláusula Pétrea. Ante a existência de situação jurídica aperfeiçoada, descabe modificar, em prejuízo do servidor, a jornada de trabalho". (BRASIL, 2014, n.p.)

A retroatividade da lei, assim, mesmo que seja permitida ou mesmo necessária, não poderá atingir o ato jurídico perfeito, pois sua inviolabilidade é um direito fundamental, expresso na Constituição Federal de 1988. Caracteriza-se, então, especialmente em decorrência de sua "fundamentalidade", como uma situação juridicamente intangível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação do passado é característica essencial para a segurança jurídica. Uma das formas de sua preservação é a proteção ao "ato jurídico perfeito". A Constituição e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro protegem o "ato jurídico perfeito" da retroatividade das leis.

O instituto, porém, merece nova análise, sob o prisma da "segurança jurídica". Trata-se, porém, de um instituto complexo, que não se resume à proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido: todos são aspectos do mesmo princípio, que é amplíssimo.

Ocorre que, como foi visto acima, a segurança jurídica vai muito além da mera "preservação do passado", relacionando-se com o próprio ideal de justiça. É necessário, todavia, compatibilizar a impossibilidade de retroação da lei com a necessidade de inovação, ainda obedecendo à segurança jurídica.

Nesse diapasão, o Código Civil argentino encontrou engenhosa solução. De acordo com tal dispositivo, é possível que a lei permita a retroatividade da lei, desde que preservados os direitos e as garantias constitucionais. Encontra-se em sentido paralelo à Constituição brasileira, que afirma que a preservação do ato jurídico perfeito é um direito fundamental.

Desse modo, a retroatividade da lei, apesar de ser, excepcionalmente, permitida e até mesmo necessária no atual contexto, jamais poderá atingir ou mesmo eliminar o ato jurídico

perfeito, o que demonstra que se trata de um “patamar mínimo”, indispensável à segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Lei 17.711.** 1968. Disponível em: <<http://www.codigocivilonline.com.ar>>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- BERTEA, Stefano. *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. 31, p.131-164, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Decreto-lei n. 4.657/1942. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 14 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS-25875-DF.** 2014. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE-707467-SP.** 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AgR AI 863832-MG.** 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 maio 2017.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez. A teoria do suporte fático aplicada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988. **Revista Em Tempo**, v. 11, p. 70-87, dez., 2012
- CRETELLA Júnior, José. **Comentários a lei do mandado de segurança.** 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998
- FARALLI, Carla. *Certeza delderecho o “derecho a la certeza”?* *Nueva Época: Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, v. 4, p. 55-78, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La certezza del diritto nell’età della decodificazione*. In: *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*. Padova: CEDAM, 2001.

- FERNÁNDEZ, José Luis Palma. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- GUSSI, Evandro. **A segurança jurídica na Constituição**. (Dissertação de Mestrado). UFRGS, Faculdade de Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito da confiança. **Revista do CEJ**. Brasília, v. 27, p. 110-120, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966.
- MOREIRA, José Davi Cavalcante. **Aspectos da segurança jurídica do Brasil**. (Dissertação de Mestrado). UFC, Faculdade de Direito. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. (Cuadernos y debates - 68)
- PENNEAU, Anne. *La sécurité juridique à travers le processus de normalisation. Sécurité juridique et sécurité technique: indépendance ou métissage*. Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique. Montréal: CRDP/CECOJI, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos

fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-129.

SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las garantías de seguridad jurídica*. 2. ed. Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: México, 2005. (Colección *Garantías individuales* - 2)

ZAVASCKI, Teori Albino. Planos econômicos, direito adquirido e FGTS. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal., n. 134, p. 134-251, abr.-jun., 1997.



# DIREITO FUNDAMENTAL DE INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E POSSIBILIDADES DE SUA EFETIVAÇÃO

Raquel Rosan Christino Gitahy<sup>1</sup>  
Washington Cesar Shoiti Nozu<sup>2</sup>  
Leiliane Rodrigues da Silva Emoto<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

O direito de inclusão clama por uma sociedade que promova transformações para viabilizar a autonomia e participação de todas as pessoas, nos diversos segmentos e estruturas da vida coletiva. Nesse processo, é preciso atentar-se aos mecanismos de exclusão que, historicamente, têm alijado determinadas populações do gozo de direitos fundamentais, dentre eles, destacam-se, neste estudo, as pessoas com deficiência.

Tendo isso em mente, fazem-se necessárias medidas legislativas que garantam os direitos das pessoas com deficiência. Ademais, além da garantia por meio da legislação, a efetividade desta pode ser alcançada por meio de políticas públicas viabilizadoras dos direitos garantidos no ordenamento.

As transformações sociais ensejaram atenções variadas às pessoas com deficiência, sendo que a sociedade está cada vez mais

---

<sup>1</sup> Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Avaliadora de cursos pelo Mec-Inep. E-mail: gitahy@uems.br

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Educação. Bacharel em Direito e Licenciado em Pedagogia. Professor Adjunto da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Docente do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos (PPGFDH/UFGD). E-mail: WashingtonNozu@ufgd.edu.br

<sup>3</sup> Mestre em Direito. Bacharel em Direito. Docente do Centro Universitário Toledo/Araçatuba – SP. E-mail: leilianesella@bol.com.br



primando pelas políticas públicas e tomadas de consciências pela inclusão. Prova do afirmado é a análise histórica do relacionamento entre a sociedade e as pessoas com deficiência.

De fato, na antiguidade, a deficiência denotava impureza totalmente rejeitada pela sociedade. Já na idade média, o cunho religioso influenciava as explicações de então, sendo a predestinação divina ou o domínio demoníaco as razões da deficiência, restando nas mãos da Igreja o destino de pessoas com deficiência. No século XVI, a modernidade apresenta a fase assistencialista, sendo a medicina responsável pela cura da doença denominada deficiência. Neste período, o foco desta fase médica e biológica era o sujeito com a doença (ARANHA, 2001; CARDOSO, 2003; NOZU, 2013).

Por último, o processo histórico atual apresenta o paradigma dos direitos humanos no que tange às pessoas com deficiências. De acordo com Flávia Piovesan (2010, p. 224):

[...] uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos a inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumindo como construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. De objeto de políticas assistencialistas e de tratamento médicos, as pessoas com deficiência passam a ser concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos.

Morais (2010), explicando Ricardo Lorenzetti (1998), informa que, para este, “a quarta geração de direitos fundamentais é respeitante à diversidade”, pois “o processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro supõe um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, podendo, por isso ser englobado sob o rótulo de direito de ser diferente” (MORAIS, 2010, p. 512).

Nessa perspectiva, articulando o “meta-direito à igualdade e à diferença” (SANTOS, 2010), o presente texto busca discutir a efetivação do direito à educação inclusiva das pessoas com deficiência por meio das tecnologias assistivas.

Trata-se de um trabalho de abordagem qualitativa, por meio de estudo documental e bibliográfico para a organização e análise dos dados, com a sistematização do pensamento via método dedutivo. Para tanto, foram estabelecidos dois eixos de análises: o primeiro apresenta a construção da proposta política da educação inclusiva e as barreiras para sua implementação; o segundo reflete sobre as tecnologias assistivas como instrumento de efetivação do direito fundamental de inclusão escolar de pessoas com deficiência.

### **1. Políticas de inclusão educacional da pessoa com deficiência: sobre barreiras atitudinais, físico-materiais e didáticas**

Para refletir acerca da proposta de inclusão educacional, buscar-se-á discutir, nesse tópico, algumas barreiras que dificultam o acesso, participação e aprendizagem do aluno com deficiência. Para tanto, busca-se apresentar e problematizar três elementos: as representações sociais acerca da deficiência; as estruturas físicas e materiais das escolas; e a formação/atuação dos professores para educar na diversidade.

Historicamente, como já apresentado no início desse texto, as representações sociais acerca da deficiência foram as mais diversas: algo a ser eliminado para não corromper a sociedade; uma manifestação de cunho espiritual, ora apresentada como expressão do divino ora como encarnação do maligno; algo a ser segregado do convívio social; algo a ser normalizado; algo a ser incluído. Salienta-se que tais representações convivem no imaginário coletivo e acabam por engendrar determinadas políticas e práticas sociais e educativas.

Para Nozu (2013), dois modelos têm direcionado as ações educacionais das pessoas com deficiência: o médico e o social. O

primeiro considera a deficiência apenas a partir de elementos intrínsecos aos sujeitos, ou seja, os aspectos orgânicos/biológicos, indicando a própria pessoa com deficiência como foco de transformação. O segundo modelo, construído como contraponto ao primeiro, vai tomar a deficiência para além dos elementos intrínsecos, entendendo-a em relação também aos elementos extrínsecos, tais como as barreiras sociais, políticas, culturais, econômicas, estruturais, portanto, solicita que as modificações concentrem-se nas estruturas sociais. É com base neste último modelo que a proposta da inclusão é constituída.

A inclusão, como qualquer outro direito, é resultado de lutas, é fruto dos movimentos sociais e conquista no contexto dos Estados democráticos de direito. É a resistência à exclusão: só há inclusão porque há exclusão, e vice-versa. Nesse sentido, a inclusão apregoa a necessidade da sociedade se modificar, se transformar, de modo a possibilitar o acesso e participação de todas as pessoas aos bens e serviços sociais (NOZU, 2013).

Nessa direção, a atual Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, publicada em 2008, busca assegurar o acesso, a participação e a aprendizagem nas escolas comuns dos alunos com deficiência, prevendo o atendimento educacional especializado, a ser ofertado de forma complementar ou suplementar à escolarização, nos espaços das chamadas salas de recursos multifuncionais.

As pesquisas de Baptista (2011), Miranda (2011), Mendes e Malheiro (2012), Milanese (2012), Nozu (2013) e Prieto, Maldonado e Pagnez (2014) têm apontado inúmeras dificuldades para implementação desta política no contexto da prática, mormente no que diz respeito às condições de trabalho pedagógico, articulação entre o atendimento educacional especializado e ensino na classe comum, as condições materiais, financeiras e organizacionais e questões relacionadas à formação docente para a inclusão escolar dos alunos com deficiência.

Para problematizar a discussão acerca das barreiras didáticas que dificultam a inclusão na educação dos alunos com deficiência, elencam-se, neste momento, três questões, aceitando os riscos das generalizações: Qual concepção de educação e de ensino-aprendizagem têm os professores? O que eles entendem por educação inclusiva? Que formação possuem para o educar na diversidade?

Longe de encontrar respostas uniformes para essas questões abrangentes, o que se pretende é refletir sobre as práticas pedagógicas do professor no contexto da educação inclusiva.

Num lócus heterogêneo como se quer na educação, de estímulo à criticidade e de respeito às diferenças, é almejada uma atuação ética do professor pautada no diálogo, no sentido freiriano, em que sujeitos se encontram para a construção conjunta do conhecimento. Sobre os saberes necessários à prática educativa, Freire (2009) destaca a compreensão de que: *não há docência sem discência* (exige respeito aos saberes dos educandos, exige risco, aceitação do novo e rejeição a qualquer forma de discriminação, exige reflexão crítica sobre a prática); *ensinar não é transferir conhecimentos* (exige consciência do inacabamento do ser humano; exige bom senso, tolerância, humildade; exige a convicção de que a mudança é possível); *ensinar é uma especificidade humana* (exige comprometimento, exige saber escutar, exige disponibilidade para o diálogo, exige querer bem aos educandos).

Destarte, a proposta da educação inclusiva deve ser entendida como uma reforma educativa que pretende renovar valores e práticas tradicionais de ensino-aprendizagem (RODRIGUES, 2008). Assim, pretende-se uma ressignificação de práticas pedagógicas pautadas no modelo da homogeneização, de modo a possibilitar que todas as pessoas, com ou sem necessidades educacionais especiais, possam estar, conviver e aprender juntas.

Para tanto, vislumbrando a construção de uma nova maneira de se atuar frente à diversidade do alunado, Martins (2009, p. 109) aponta a necessidade de

[...] uma efetiva capacitação de profissionais, que proporcione uma nova maneira de perceber a atuar com as diferenças, ou seja, coma diversidade dos alunos em sala de aula. Capacitação essa que os faça conscientes não apenas das características e potencialidades dos seus alunos – independentemente de seus déficits físicos, sensoriais, mentais e/ou múltiplos – mas também de suas próprias condições para ensiná-los em uma ambiente inclusivo e da necessidade de refletirem constantemente sobre sua prática, a fim de modificá-la, quando necessário.

Nesse diapasão, urge uma capacitação/qualificação dos docentes para a compreensão e valorização da funcionalidade dos alunos, mormente os que apresentam necessidades educacionais especiais, ao invés de ressaltar os déficits que estes possuem. A funcionalidade está atrelada às potencialidades dos alunos, às suas competências e habilidades; já os déficits salientam as incapacidades, os limites, aquilo que o aluno não consegue realizar.

## **2. O direito à educação inclusiva e as possibilidades do uso das tecnologias assistivas**

O direito à educação recebe proteção internacional como direito humano. No sistema global, há a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e esta assume caráter vinculante por meio de dois pactos datados de 1966, quais sejam: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O caráter vinculante das partes pactuantes dos tratados é importante, já que a entrada em vigor destes enseja o direito das Organizações Internacionais e das ONGs pleitearem o cumprimento dos direitos arrolados no texto convencional e, caso os Estados – Membros do tratado (pacto ou convenção) desrespeitem o acordado, surgem meios para dirimir as pretensões resistidas. Neste sentido, Comparato (2008, p. 225):

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a

ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira, incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos [...] Em seguida, dever-se-ia produzir, no dizer de um dos delegados presentes àquela reunião, um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração, documento esse que haveria de ser, obviamente, um tratado ou convenção internacional. Finalmente, ainda nas palavras do mesmo delegado, seria preciso criar uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação.

A primeira etapa citada acima foi cumprida em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A segunda etapa cumpriu-se em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos/instrumentos que assegurem a universal observância desses direitos, ainda não está completada, infelizmente. Sendo, neste momento, objeto de estudo deste artigo, uma vez que as tecnologias assistivas são apresentadas como instrumentos de efetivação do direito à educação das pessoas com deficiência.

Nesta fase de implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), foco merece a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto N. 6.949, de 25 de agosto de 2009, bem como a Declaração Mundial sobre Educação para todos, aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem, de Jomtien, Tailândia, 5 a 9 de março de 1990 e a Conferência Mundial sobre as necessidades Educativas Especiais, realizada em Salamanca, na Espanha, em 1994.

Visando a realização do DIDH, fase de implementação, nasceram órgãos de supervisão, tais como a Comissão de Direitos Humanos (CDH) que, a partir de 1967, adquire poder

intervencionista em casos de violações de direitos humanos comprovadas.

Cada uma das fases do DIDH foi marcada uma Conferência Internacional. De fato, a fase legislativa corresponde a Conferência de Teerã (1968). Já na fase de implementação realizou-se a Conferência de Viena (1993).

Sobre a Conferência de Viena, Bittar afirma (2013, p. 654):

A Conferência de Viena, de 1993, marco da fase de implementação, produziu como resultado final uma *Declaração e um Programa de Ação*. A elaboração desse *Programa de Ação* mostra a principal diferença entre as duas fases. Na fase legislativa, foi elaborado o corpus juris básico do DIDH. Depois disso, a principal meta passa a ser a concretização dos diversos direitos elencados nos instrumentos jurídicos de DIDH; para que esta meta seja atingida, é necessário, também, a elaboração de novos documentos jurídicos, só que com outra finalidade. Assim, a Conferência de Teerã (1968) produz uma *Proclamação* e a Conferência de Viena (1993), uma *Declaração e um Programa de Ação*.

A fase atual dos Direitos Humanos está preocupada com a realização destes, de maneira que a dignidade humana seja colocada como fonte de todos os direitos. Da mesma forma, por meio do constitucionalismo, tal preocupação se faz presente, uma vez que, após a Segunda Guerra Mundial, é uma constante, reaproximando o direito dos valores morais, marco definidor do que é estudado como constitucionalismo.

E, certamente, não se pode dizer que esses direitos inseridos na Carta da ONU não estão dispersos por todo um grupamento de nações e que apenas essa amplíssima comunidade humana, enquanto tal, pode investigar, receber e propagar a educação, independente de determinação de sujeitos.

O direito-dever da educação não é de caráter facultativo mas de natureza imperativa. De um lado, o indivíduo pode exigir que o Estado o eduque. De outro, o Estado pode exigir que o indivíduo seja educado. Assim como o direito à Educação é corolário do direito à vida, da mesma forma a educação é irrenunciável tanto quanto o é a vida. É crime tentar suicidar-se. Deixar de

educar-se é um suicídio moral. E isso porque, sem desenvolver suas potencialidades, o ser humano impede a eclosão de sua vida em toda a plenitude. Sem aprimorar suas virtualidades espirituais, o indivíduo sufoca em si o que tem de mais elevado, matando o que tem de humano para subsistir apenas como animal. Continua como ser vivo, conservando o gênero, mas perece como homem, eliminando a diferença específica (DI DIO, 1982, p. 91)

Pela citação de Di Dio fica clara a importância da educação para o recurso humano. Corroborando com o reconhecimento da educação como um direito fundamental, a Lei Magna brasileira, salienta em seu artigo 6º: “São direitos sociais: a educação”.

Percebemos que o Direito preocupa-se tanto com a educação, que pode-se falar até em um novo ramo do Direito: o direito educacional. Tal direito pode ser pensado a partir de três conceitos, a saber:

- conjunto de leis que controlam condutas das partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem;
- direito subjetivo atribuído a todo humano de aprender e ensinar;
- ramo do Direito especializado na área educacional.

Primeiramente, o Direito educacional recebe uma definição extremamente positivista, sendo na verdade uma forma de restringir o termo Direito a uma legislação do ensino. Aqui o Direito “[...] pode ser entendido como um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado a educação [...]” (MELO FILHO, 1983, p. 54.).

Em definição posterior, tem-se o direito universal a instrução, constante na Declaração Universal dos Direitos do homem ao salientar que o direito a educação “[...] assegura a todo ser humano instrução gratuita, pelo menos nos graus elementares, em caráter obrigatório; instrução técnico-profissional acessível; e instrução superior baseada no mérito” (SIDOU, 1995, p. 251).

Por último, o terceiro conceito apresenta o Direito não somente como norma, mas como um fenômeno histórico-cultural que, por



consequência, sofre influência do social, do pedagógico, do econômico, da filosofia, da sociologia. Neste sentido Motta já escreveu “[...] que, por ter como pai o Direito e como mãe a Educação teve a sorte de poder beber nas fontes mais puras e recentes da teoria, da pesquisa e do método científico, dessas duas ciências e também da Filosofia, da História e da Sociologia” (MOTTA, 1997, p. 52/53.)

No compasso desta definição, Boaventura entende o Direito educacional como

[...] uma cadeira que não pode ser apreciada tão somente dentro dos limites da legislação. Logo, deve ser tratado à luz das diretrizes que lastreiam a educação e os princípios que informam todo o ordenamento jurídico. Tanto no caso das relações de trabalho como nos relacionamentos da educação, legislação seria apenas um corpo sem alma (BOAVENTURA, 1996, p. 46).

Neste terceiro paradigma, o Direito à Educação ganha destaque entre as políticas da agenda social no cenário nacional quando o pensamos na parceria entre Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e Ministério da Educação (MEC) para priorizar no próximo decênio o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, eixo estratégico para tornar efetiva a educação inclusiva.

Entendendo a legislação apenas como um corpo sem alma, percebemos que na prática, apesar de estarmos começando a refletir sobre a necessidade de educação inclusiva, tal questão fica sem sentido quando os docentes desconhecem os instrumentos reais de se educar para uma maior autonomia dos alunos especiais.

A legislação que trata da importância de uma educação inclusiva auxiliada pela tecnologia assistiva já existe. Em destaque, o Decreto lei 5296 de 2 de dezembro de 2004 estabelece critérios básicos para a promoção da acessibilidade. Inicialmente conceitua todas as deficiências e, posteriormente, as condições gerais de acessibilidade. Porém, para a presente pesquisa, destacar-se-ão os

artigos que normatizam a respeito da tecnologia assistiva no processo de ensino aprendizagem. Vejamos:

Art. 8º Para os fins de acessibilidade, considera-se:

[...]

V - ajuda técnica<sup>4</sup>: os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida;

Art. 24. Os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários.

§ 1o Para a concessão de autorização de funcionamento, de abertura ou renovação de curso pelo Poder Público, o estabelecimento de ensino deverá comprovar que:

II - coloca à disposição de professores, alunos, servidores e empregados portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida ajudas técnicas que permitam o acesso às atividades escolares e administrativas em igualdade de condições com as demais pessoas;

Em 2006, foi aprovada pela ONU a convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência. Como o Brasil é signatário, as regras passam a valer também em território nacional, ficando assegurado um sistema de educação inclusiva em todos os níveis de ensino, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social compatível com a meta da plena participação e inclusão.

Visando consolidar ainda mais a questão da educação especial em sua perspectiva inclusiva, no ano de 2007, surge o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), que tinha como eixos a formação de professores para a educação especial, a implantação de salas de recursos multifuncionais, a acessibilidade arquitetônica dos prédios escolares, acesso e a permanência das pessoas com

---

<sup>4</sup> Sinônimo de Tecnologia Assistiva

deficiência em todos os níveis e modalidades de ensino e o monitoramento do acesso à escola dos favorecidos pelo Benefício de Prestação Continuada.

Nesse contexto, destacam-se a proposta das tecnologias assistivas como mediação dos processos inclusivos. Conforme o Comitê de Ajudas Técnicas – instância que atua no âmbito da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República,

Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (ATA VII., 2007).

Assim, consideram-se as tecnologias assistivas como possibilidades de se assegurar às pessoas com deficiências a autonomia, a participação ativa nos processos decisórios da vida em sociedade, o acesso, a permanência e o sucesso no campo educacional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os dispositivos legais que asseguram o direito fundamental à inclusão escolar da pessoa com deficiência podem ser considerados como conquistas históricas que emergiram no contexto do paradigma dos direitos humanos.

Contudo, inúmeras barreiras emergem quando da efetivação das propostas políticas. Assim sendo, tomando como parâmetro os estudos realizados por Ainscow (2009), conclui-se que para que a inclusão educacional das pessoas com deficiências possa ser alavancada satisfatoriamente no ensino, urge que as barreiras atitudinais (preconceito, discriminação), físico-materiais (estrutura física, indisponibilidade ou inoperância da tecnologia assistiva) e didáticas (apoio pedagógico aos alunos e professores; adequações curriculares)

sejam transpostas para que essa população possa ingressar, participar e aprender de acordo com suas possibilidades e limitações.

Certamente, para que a pessoa com deficiência seja incluída satisfatoriamente no ensino regular, todos os envolvidos no contexto devem receber formação – atentando-se que formação é muito mais a aquisição de certos elementos que possibilitem a reflexão crítica sobre a prática do que a indicação de modelos rígidos que funcionem como fórmulas mágicas. Nesse sentido, cabe atenção à qualificação principalmente dos professores dos cursos de bacharelado que, comumente, em sua formação não tiveram contato com conhecimentos da didática e das metodologias de ensino.

Por fim, vale apontar que, embora o número de matrículas de alunos com deficiência no ensino comum tenha crescido consideravelmente nos últimos anos, muito ainda há de ser feito para que as escolas possam se tornar instituições inclusivas. Conforme Ainscow (2009), na Inglaterra criaram um índice de inclusão para avaliar as instituições de ensino: as instituições são consideradas mais ou menos inclusivas não por possuir um número maior ou menor de alunos com necessidades educacionais especiais, mas por apresentar um número maior ou menor de barreiras que dificultem o acesso e a permanência desse alunado.

Desta feita, defendeu-se que a tecnologia assistiva pode subsidiar esse processo de implementação das políticas inclusivas, com vistas a engendrar modificações nas estruturas sociais educacionais, bem como oportunizar medidas de estímulo à autonomia, independência e acesso ao conhecimento da pessoa com deficiência.

## REFERÊNCIAS

AINSCOW, Mel. Tornar a educação inclusiva: como essa tarefa deve ser conceituada? In: FÁVERO, Osmar et al. **Tornar a educação inclusiva**. Brasília: UNESCO, 2009, p. 11-23.

ALMEIDA, M. **Informática e formação de professores**. Brasília: Vol 2 - MEC, 2001.

ATA VII da Reunião do Comitê de Ajudas Técnicas, realizada nos dias 13 e 14 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/corde/comite.asp>>. Acesso em 13 jul. 2012.

ARANHA, Maria Saete Fábio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, ano XI, n. 21, março, p. 160-173, 2001.

BAPTISTA, Claudio Roberto. Ação pedagógica e educação especial: a sala de recursos como prioridade na oferta de serviços especializados. **Rev. Bras. Ed. Esp.**, Marília, v.17, p.59-76, Maio-Ago. 2011. Edição Especial.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 33, n. 131, jul.-set. 1996,

BRASIL. **Lei de diretrizes e bases da educação nacional**. Lei nº 9.394. Promulgada em 20 de dezembro de 1996. Brasília: Editora do Brasil, 1996.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

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

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Direito à educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais – orientações gerais e marcos legais**. Brasília: MEC/SEESP, 2006.

\_\_\_\_\_. **Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

\_\_\_\_\_. INEP. **Censo Escolar**, 2006. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/basica/censo/default.asp>>. Acesso em: 20 de jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares Nacionais: Adaptações Curriculares: estratégias para a educação de estudantes com necessidades educacionais especiais**. Brasília, EC/SEF/SEESP, 1998.

\_\_\_\_\_. Ministério de Educação. Secretaria da Educação Especial. Edital nº 01, de 26 de abril de 2007. Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais. 2007c. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/2007\\_salas.pdf](http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/2007_salas.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2008. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>>. Acesso em: 20 set 2017.

CORTELLA. M. S. **A escola e o conhecimento - fundamentos epistemológicos e políticos**. São Paulo: Cortez, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do Direito Educacional**. Taubaté : Imprensa Universitária/ Universidade de Taubaté, 1982.

DOCUMENTO E/C 12/1999/10. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) 21, Período de Sessões, 1999

FONSECA, Vitor da. **Educação especial: Programa de Estimulação Precoce – Uma Introdução às Idéias de Feuerstein**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médias. 1995.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 39.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. (Coleção Leitura).

GIL. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LUDKE, M.; ANDRÉ, M.E.D.A. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: Editora pedagógica e universitária, 1986

MARTINS, Lúcia de Araújo Ramos. Um olhar para a formação docente na perspectiva da educação inclusiva. In: MARQUEZINE, Maria Cristina et al. **Políticas públicas e formação de recursos humanos em educação especial**. Londrina: ABPEE, 2009, p. 107-118.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos**. 8 ED. Revista e atualizada. São Paulo. Editora Saraiva. 2005.

MEC. **Programa Incluir.** Disponível em: <  
[http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=495&id=12257&option=com\\_content&view=article](http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=495&id=12257&option=com_content&view=article)>. Acesso em 15 jan. 2012

MELO FILHO, Álvaro. **Direito Educacional:** aspectos teóricos e práticos, in Mensagem. Fortaleza, nº 8 (especial sobre Direito Educacional). 982/1983, p. 54

MENDES, Enicéia Gonçalves; MALHEIRO, Cícera A. Lima. Sala de recursos multifuncionais: é possível um serviço —tamanho único|| de atendimento educacional especializado? In: MIRANDA, Theresinha Guimarães; GALVÃO FILHO, Teófilo Alves (Orgs.). **O professor e a educação inclusiva:** formação, práticas e lugares. Salvador: EDUFBA, 2012, p. 349-365.

MILANESI, J. B. **Organização e funcionamento das salas de recursos multifuncionais em um município paulista.** 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado em Educação Especial) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2012.

MIRANDA, T. G. O atendimento educacional especializado – AEE em sala de recursos: desafios entre as políticas e as práticas. In: MIRANDA, T. G.; GALVÃO FILHO, T. A. (Org.). **Educação especial em contexto inclusivo:** reflexão e ação. Salvador, BA: EDUFBA, 2011. p. 93-105.

MORAIS, Guilherme Pena. **Curso de Direitos Constitucional.** São Paulo: 2010.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI.** Brasília: UNESCO, 1997.

NOZU, Washington Cesar Shoiti. **Política e gestão do atendimento educacional especializado nas salas de recursos multifuncionais de Paranaíba/MS:** uma análise das práticas discursivas e não discursivas. 2013. 241 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Nova Iorque: ONU, 2006.



- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRIETO, Rosângela Gavioli; MALDONADO, Karina Soledad; PAGNEZ, Molina. Direito à educação, educação especial e qualidade de ensino: indicadores e desafios para a área. In: MARTINS, Lúcia de Araújo Ramos; PIRES, Gláucia Nascimento da Luz; PIRES, José. (Orgs.). **Caminhos para uma educação inclusiva: políticas, práticas e apoios especializados**. João Pessoa: Idea, 2014, p. 49-83.
- RODRIGUES, David. Questões preliminares sobre o desenvolvimento de políticas de educação inclusiva. **Inclusão: revista da educação especial**. Brasília: SEESP, v. 4. n. 1., p. 33-40, Jan.-Jun., 2008
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: por uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SIDOU, J.M. Othon. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 251
- SIQUEIRA, Inajara Mills; SANTANA, Carla da Silva. Propostas de acessibilidade para inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior. **Revista Brasileira de Educação Especial**. Marília, v. 17. n.1., p. 127-136, Jan.-Abr. 2010.

## **Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

### **Preâmbulo**

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.