Ratio Juris

Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Ratio Juris Ratio Juris Ratio Juris Ratio Juris Ratio Juris Ratio Juris




Ratio Juris
brazil
Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 7, n. 2 (jul./dez. 2024).

Semestral 2018

ISSN 2595-3257

1. Direito – Periódicos. | Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Graduação em Direito.

CDD 340.05

RATIO JURIS. REVISTA ELETRÔNICA DA GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Editoras Titulares
Professora Dra. Estela Cristina Vieira de Siqueira
Professora Ma. Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza

Editores Associados
Luísa Maria de Oliveira
Gabriel Oliveira da Cruz
Davi Bessa Rezende
Lívia Maria Ribeiro Gonçalves

Conselho Editorial
Professor Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira
Universidade de Caxias do Sul
Professor Dr. Antônio Carlos Tovo Loureiro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Professor Dr. Daniel Campos de Carvalho
Universidade Federal de São Paulo
Professor Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Professor Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles
Universidade Federal Fluminense
Professor Dr. Demétrius Amaral Beltrão
Faculdade de Direito do Sul de Minas
Professor Dr. Edinilson Donisete Machado
Centro Universitário Eurípedes de Marília
Professor Dr. Edson Vieira da Silva Filho
Faculdade de Direito do Sul de Minas
Professor Dr. Germano André Doederlein Schwartz
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
Professor Dr. José Renato Martins
Universidade Metodista de Piracicaba
Professor Dr. Leandro Correa de Oliveira
Faculdade de Direito do Sul de Minas
Professor Dr. Marcilio Toscano Franca Filho
Universidade Federal da Paraíba

Bibliotecária Responsável
Jaqueline de Faria Monteiro

Tecnologia da Informação
Ewerton da Silva Negrão

A construção do pensamento crítico nas universidades: para além da reprodução do saber

Certamente não é uma tarefa fácil definir o que é "pensamento crítico". Esse é um daqueles conceitos que os juristas costumam chamar de indeterminado, dada a polissemia nos significados e a imprecisão da expressão para todos aqueles que buscam fazer seu uso a partir de uma condição científica e objetiva.

O desenvolvimento do pensamento crítico tem sido tradicionalmente defendido por educadores e filósofos como uma das mais importantes metas educacionais[1]. "O objetivo do processo educativo é o de ajudar-nos a formar melhores julgamentos a fim de que possamos modificar nossas vidas de maneira mais criteriosa"[2].

Ao trazer essa discussão para o campo do direito, é imperioso reconhecermos que a dogmática jurídica pressupõe algumas crenças aceitas pelo senso comum e aplicadas pelos juristas como verdades, independentemente de qualquer discussão ou prova, que estão inculcadas no inconsciente coletivo.

Críticos argumentam que a rigidez da dogmática pode levar a decisões injustas e perpetuar desigualdades sociais. Além disso, a dogmática pode negligenciar a análise crítica das origens históricas e das ideologias subjacentes às normas jurídicas, limitando, assim, a compreensão do direito em um contexto mais amplo.

Nesse sentido, Warat já nos alertou: é preciso fugir do "senso comum dos juristas"[3], que condiciona a racionalidade e aliena o conhecimento do direito. Mas como fugir? De acordo com o autor, é preciso desenvolver um conjunto de interações que produzam conhecimentos capazes de servir de base para um questionamento [ético[4]].

Dentre os muitos papéis da produção científica, também está o de compartilhar conhecimento para ampliação do processo crítico e do exercício democrático. Tal afirmação [re]ascende o axioma "conhecimento é liberdade".

Como exemplo, podemos retomar o mito da caverna de Platão, em que aquele que se liberta passa a ter novas interpretações dos objetos que, anteriormente, eram

---

[1] LIPMAN, M. **O pensar na educação**. 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2008. SIEGEL, H. **Educating reason**: Rationality, critical thinking and education. Nova York: Routledge, 1988.
[2] LIPMAN, M. Ibidem, p. 34.
[3] WARAT, Luis Alberto. As funções constitucionais do saber jurídico e os caminhos da transição democrática. **Seqüência**, v. 7, n. 12, 1986. p. 49.
[4] Paulo Freire afirma que "não é possível, por outro lado, exercermos o direito de criticar, em termos construtivos, pretendendo ter no criticar um testemunho educativo, sem encarnar uma posição rigorosamente ética" (FREIRE, Paulo. **Política e Educação**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 31).

sombras e pareciam verdades reais. O conhecimento possibilitou que aquele sujeito desenvolvesse uma nova versão da realidade.

Na contramão desse entendimento, a filosofia e dogmática jurídica hegemônica tem buscado resgatar apenas uma parte da história, impondo a sua verdade como uma totalidade universal[5]. No modelo moderno, desatualizado, que neutraliza a pluralidade e invalida os conflitos, apenas uma razão é válida e legítima.

Contudo, o conflito é uma das categorias conceituais que permeia a teoria social de maneira razoavelmente ininterrupta, pelo menos desde os "Discorsi" de Machiavelli, até a "Dialética" do senhor e do escravo de Hegel, passando com destaque pela "guerra de todos contra todos" de Hobbes.

Ao analisarmos a história, conseguimos verificar que o conflito é o grande responsável pela dinâmica social, principalmente nas sociedades majoritariamente baseadas em um sistema econômico que objetiva o acúmulo de riquezas. Essa prática econômica produz relações divergentes e, consequentemente, antagônicas. Mais uma vez, insistimos, "As sociedades mudam através de conflitos"[6].

Nesse momento, precisamos alertá-lo, caro leitor: a monocultura do saber mascara os conflitos e legitima modelos repressivos de controle social que perpetuam as desigualdades.

Impõe-se também um processo de redescoberta de identidades na produção de conhecimento enquanto Sul Global, que envolva a reavaliação crítica dos alicerces epistemológicos que sustentam nossas práticas intelectuais, a partir de uma "opção decolonial"[7], como um gesto de ruptura com a cronologia universalista (e a hierarquia) imposta pelo Norte Global e que nos limita, muitas vezes, enquanto pesquisadores – sobretudo no direito.

Abordar o pensamento de maneira crítica e "desobedecer epistemicamente"[8] constitui uma forma de resistência frente ao silenciamento dos saberes localizados por nós proposto, abrindo caminho para a construção de um saber pluriepistêmico e preparando o terreno para que novas vozes, frequentemente marginalizadas pelos discursos dominantes, possam participar ativamente da produção intelectual. Nesse

---

[5] WOLKMER, Antonio Carlos; LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação latino-americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra-hegemônico. **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr., 2017.

[6] BACHUR, João Paulo. Conflito, protesto e procedimento na Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 14, n. 42, p. 507-534, jan./jun. 2020. p. 516.

[7] MIGNOLO, Walter. Desafios decolonais hoje. **Revista Epistemologias do Sul**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 12-32, 2017.

[8] MIGNOLO, Walter. Epistemic disobedience, independent thought and decolonial freedom. **Theory, culture & society**, [S.l.], v. 26, n. 7-8, p. 159-181, 2009.

contexto, a universidade deve deixar de ser apenas um espaço de reprodução do saber hegemônico e afirmar-se, sobretudo, como um território de insurgência e proposta.

Trata-se de reconhecer, ainda, que o conhecimento não é neutro nem desprovido de localização histórica: toda produção teórica carrega em si marcas de poder, cultura e geopolítica. Assim, a abertura a epistemologias outras se faz um imperativo político, capaz de refundar as bases do conhecimento em diálogo com a diversidade do mundo.

Além disso, há um reducionismo recorrente no modo como se opõem as ideias entre o "crítico" e o "tradicional", de forma simplista, como uma disputa entre o "novo" e o "velho"[9], desconsiderando-se as nuances históricas e desigualdades seculares, elementos indispensáveis a qualquer visão verdadeiramente crítica, que não pode prescindir da análise do passado. Tal dualismo cronológico, um "reducionismo ontologizante"[10], compromete a possibilidade de reconhecer o ineditismo de perspectivas que emergem a partir de uma crítica histórica situada, como a que marca o pensamento latino-americano.

A partir do conhecimento, possibilitamos questionar o que foi construído historicamente em termos do desenvolvimento e da realização do compromisso com o pluralismo social e cultural, com a democracia e com a justiça social, com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais – estes últimos nascidos de sucessivos processos de ruptura nos últimos 200 anos.

Seja na grande área das ciências sociais, ou como em qualquer outra, as produções acadêmicas são um caminho à liberdade. Por esse motivo, não deixamos de apostar em periódicos científicos que, como o nosso, disseminam o acesso ao conhecimento produzido nas universidades. Essa disseminação não deve ser vista apenas como um fim em si mesma, mas como parte de um compromisso maior com a superação das assimetrias de poder que, ainda hoje, estruturam de forma profunda e persistente a produção acadêmica.

Boa leitura!

Estela Cristina Vieira de Siqueira
Jéssica Pereira Arantes Konno Carrrozza
Editoras Titulares

[9] FALBO, Ricardo Nery. Pensamento crítico, pesquisa empírica e emancipação teórica do direito. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 14, p. 259-290, 2016.
[10] Idem.

SUMÁRIO

Dos artigos originais

A DÍADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O CLIENTELISMO NO ESTADO DE DIREITO | Luis Delcides Rodrigues da Silva | Emerson Penha Malheiro 1-21

A (IN)ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO HABEAS CORPUS 126.292/SP | Mateus de Souza Silvério 22-38

A LEITURA LITERÁRIA FAZ SENTIDO NA FACULDADE DE DIREITO? MACKLÊ – UMA EXPERIÊNCIA DE CLUVE DE LEITURA | Claudia Rosenberg Aratangy | Geisa de Assis Rodrigues 39-58

ATUALIDADE DO ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CIDADES BRASILEIRAS: COMO A EXCEÇÃO AFETA O DIREITO À CIDADE | Fernanda Ribeiro Papandrea 59-74

ABORTO CRIMINOSO OU LEGAL: SEMPRE UMA DISPUTA | Altair Mota Machado | Maria Eunice de Oliveira Costa 75-98

DIREITO AO CUIDADO E DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA | Giuliana Debiazi Tomaz de Souza 99-125

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: DA CONCEPÇÃO À EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL | Hamilton da Cunha Iribure Júnior | Marcelo Yan de Castro | Mayara de Paula 126-144

DO USO DA EQUIDIDADE NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADO 26 DE 2019 | Andressa Thainá Moraes Resende | Cristiano Thadeu e Silva Elias 145-158

INSTITUTO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS | Marcello Yan de Castro | Angelo Junqueira Guersoni 159-168

ISENÇÃO, EXTRAFISCALIDADE E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO ESTATAL | Demétrius Amaral Beltrão 169-194

O PERÍODO SUSPEITO NAS FRAUDES À MEAÇÃO: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO FALIMENTAR E O DIREITO DE FAMÍLIA | ELISA DE LIMA CHERBELE | RICARDO ALVES DE LIMA 195-205

Dos trabalhos acadêmicos

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA SOB O PRISMA DO RESP. 1.514.567/SP DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | DANIEL MACHADO OLIVEIRA 206-216

CLÁUSULAS ACIDENTAIS NO CONTRATO DE HOLDING PATRIMONIAL | RAQUEL APARECIDA OLIVEIRA SANTOS | ANGELO JUNQUEIRA GUERSONI | ELIAS KALLÁS FILHO 217-222

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DOS EVENTOS ESPORTIVOS | ELIAS KALLÁS FILHO | ANA JÚLIA MATHEUS AQUINO FRANCO DE SOUZA | MARCELA JORGE SILVA | MATTHEWS TEIXEIRA COUTINHO DEVAI 223-225

O DIREITO EMPRESARIAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL | ANGELO JUNQUEIRA GUERSONI | ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS | DANIEL MACHADO OLIVEIRA 226-235

A DÍADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O CLIENTELISMO NO ESTADO DE DIREITO

LUIS DELCIDES RODRIGUES DA SILVA

Especialista em Marketing e Comunicação Integrada da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Planejamento Tributário do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Membro do Grupo de Pesquisa Globalização e Constituição das Relações Privadas. Jornalista.

EMERSON PENHA MALHEIRO

Professor Titular de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Pós-Doutorado em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha. Doutor e Mestre em Direito da Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES. Especialista em Direito da Comunicação Digital e em Direito Penal do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Especialista em Direitos Humanos da Universidade Cândido Mendes - UCAM. Capacitado em Comércio Eletrônico, Internacional e Transgênicos da Escola Prominas. Advogado.

Resumo: A presente pesquisa abordará sobre os efeitos da globalização e a adoção do pensamento em díades, especialmente ao tratar sobre a referência “direita e esquerda” ou a popular “coxinha e mortadela”. O objetivo é compreender os efeitos do binarismo na ambiência democrática e o quanto são maléficos. A metodologia adotada é o dedutivo, através da pesquisa qualitativo-bibliográfica por meio do levantamento de banco de dados de artigos científicos e obras concernentes ao tema. A pergunta de pesquisa é: A relação clientelista no Estado democrático de Direito é um dos efeitos da denominada neutralidade por Habermas? A conclusão deste trabalho é a mudança de comportamento do cidadão brasileiro, especialmente em vez de olhar as questões ligadas a coletividade com criticidade, passa a se conformar e relativizar-se em meio ao caos, ao adotar uma postura clientelista e amorfa.

Palavras-chave: Globalização; Democracia; Pessoas; Postura; Binarismo.

Abstract: The present search will approach about the effects of globalization and the adopted of thought of dyads, specially that treat about the reference “right and left” or the popular “drumstick or mortadella”. The objective is comprehension the effects of binarism in

democratic ambience and then are malefic. The methodology adopted is deductive, thought of lifting of data bases of scientific articles and qualitative search of works concernments of the theme. The question of search is: The clientelist relation in Democratic State of Law is the effects of denominated neutrality by Habermas? The conclusion this work is the change of behavior of Brazilian citizen, especially in time of look the questions on the collectivity with criticism, pass the is conform and relativize in middle the chaos, the adopted a clientelist posture and amorphous.

Keywords: Attitude; Globalization; Democracy; People; Binarism.

Introdução

A adoção do pensamento em díades é uma realidade na pós-modernidade. Em tempos de informação rápida e em excesso, a começar das mídias sociais e dos inúmeros perfis nas diferentes plataformas, favorece a superficialidade e a difusão de conhecimento raso nas conversas "tete a tete".

Nesta presente pesquisa a primeira seção tratará sobre os efeitos da globalização. Na sequência será apresentada sobre a díade "coxinha e mortadela", onde será apresentada em paralelo com a compreensão do livro "Direita e Esquerda" de Norberto Bobbio[1].

Em seguida, esta pesquisa apresentará a sociedade da informação e a máquina binária de guerra. Depois tratará sobre a Democracia e a Neutralidade, onde serão apresentados sobre os efeitos da informação, o discurso, o conteúdo e o processo democrático.

Na sequência será tratado sobre o papel do cidadão, especialmente a atuação deste dentro do ambiente democrático. Quanto este ator social passa a adotar uma postura clientelista diante dos problemas da cidade.

A próxima seção tratará sobre o conceito de Brandsense Político, conceituado pelo autor deste trabalho, juntamente com Amanda Ronha, durante a participação de uma obra coletiva denominada "Direitos Humanos, ética e democracia na sociedade da informação" lançada em 2020 como livro digital pelo grupo de pesquisa sobre Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos na Sociedade da Informação.

[1] BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

Depois, será apresentado sobre o clientelismo no Estado Democrático de Direito. O quanto essa relação passou a ter um novo tratamento, especialmente com os atuais chefes do poder executivo.

A metodologia adotada será a dedutiva, através da pesquisa qualitativo-bibliográfica por meio do levantamento de banco de dados de artigos científicos e obras concernentes ao tema.

Desse modo, o presente artigo indagará acerca da relação clientelista no Estado democrático de Direito e este torna-se um dos efeitos da denominada neutralidade por Habermas?

1. Efeitos da Globalização

A globalização como qualquer outro sistema produz efeitos benéficos e maléficos. Um destes é a desestabilização de um sistema democrático e o distanciamento provocado pela globalização, torna os cidadãos menos próximos da realização de um ideal democrático**.**

Os impactos da globalização provocam efeitos, especialmente econômicos no direito e este, ignora a capacidade do regramento em ser uma transnacionalização irreversível e pode funcionar como um possibilitador de uma "teoria reconstrutiva da sociedade" ao buscar o desenvolvimento de uma sociedade.

Para Martins[2], a globalização pode ser compreendida como o resultado da multiplicação e intensificação das relações estabelecidas entre agentes econômicos nos mais diversos pontos do universo. Não se deve confundir os termos Global e Globalizado com internacional e internacionalização, por ter significações e conceitos diferentes.

O primeiro trata-se de forças supranacionais e estes condicionam por toda a parte o funcionamento das sociedades nacionais. Já, a internacionalização refere-se as trocas econômicas, políticas e culturais entre as nações e as relações, sejam pacíficas ou conflituosas, e estas podem resultar em concorrência.

[2] MARTINS, Carlos Estevão. Da globalização da economia à falência da democracia. **Economia e Sociedade**, Campinas, SP, v. 5, n. 1, p. 1–23, 2016. p. 1. Disponível em https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643185 Acesso em 17 mai. 2021.

Dessa forma, Fernandes[3] compreende em não ser apenas um processo único a globalização, é uma complexidade em meio a uma atuação contraditória mútua de relações para além das fronteiras nacionais. A ideia de espaços separados torna-se totalmente fictícia.

Pela significação da globalização não estar em sua completude e a necessidade de um melhor delineamento, Fernandes reforça:

> É mister afirmar que a globalização não significa apenas **dês-localização**, mas, também **re-localização**. A globalização é um processo dialético, não linear, e reflexivo que, insofismavelmente, sempre realça um novo significado para o "local". O que queremos dizer é que (contra uma série de leituras equivocadas) não existe "globalização globalmente". Essa falácia inclusive é, por definição, absurda. Tão absurda ainda é a tese de que as pessoas se globalizam globalmente no espaço (homogêneo e totalizante) global[4].

Assim, a globalização é encarada como um fenômeno multifacetado e este possibilita a reconstrução de um constitucionalismo a partir de uma teoria discursiva da Constituição adequada ao Estado Democrático de Direito.

Ao tomar como empréstimo o entendimento de Fernandes5, a globalização não se dá no sentido total, mas tem o significado de transnacionalização uma conexão mais forte entre os espaços nacionais.

Desse modo é necessário abordar sobre a estímulo a integração dos espaços durante a globalização. Para Matterlart6, uma das ramificações mais importantes no período contemporâneo é a integração dos espaços de criação, produção e da comercialização ao implicar o empregado convertido em seu próprio patrão e marketer.

Isso reforça mais a ideia de empreendedorismo, bastante difundida no cenário atual, onde o sujeito passa a ter autonomia de seus atos, busca aprimorar, melhorar progressivamente a sua rede de contatos pelas redes sociais. Aquela ideia de distância e do inalcançável, a globalização rompe com as distâncias e aproxima os sujeitos pelas redes de informação virtuais.

No entendimento de Matterlart, há uma relação dialética na globalização dos mercados, dos sistemas produtivos e técnicos ao se conjugarem com a sistematização:

---

[3] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, direito constitucional, democracia e sociedade: uma "breve reflexão" no "pano de fundo" da modernidade ou da pós-modernidade? Do Estado nacional ou pós-nacional? **Rev. Fac. Direito UGMG**, Belo Horizonte, n. 56, p. 63-100, jan./jun. 2010. p. 67.
[4] Idem, p. 69.
[5] Idem, p. 70.
[6] MATTERLART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: EDUSC, 2000. p. 127.

> A massificação alterna-se com a desmassificação, e esta contribui também para fazer recuar os limites da primeira, derrubando-se resistências à "padronização universal". Mesmo as empresas classificadas como etnocêntricas aplicam esta fórmula: um marketing mundial com certa margem de manobra às filiais.

Dessa forma, ao verificar essa relação parceira entre a duas situações mencionadas por Matterlart (2000), especialmente ao tratar sobre o empreendedor, o CEO de si mesmo, há uma quebra de padrões e ao mesmo tempo seguidores e sujeitos fidedignos a um conceito, não um vínculo empregatício. A postura relativista e reducionista das empresas internacionais, dá lugar a uma massificação, onde reforça a imposição de sua cultura aos trabalhadores da filial.

1.1. "Coxinha e Mortadela": A díade da pós-modernidade

Uma forma inusitada de referir-se a "esquerda e direita" consagrada pela obra de Bobbio[7], ao referir-se as grandes dicotomias e esta, em seu uso histórico, pode ser descritivo ou avaliativo.

Esta contraposição direita e esquerda representa um modo de pensar por díades, sejam éticas, antiéticas e complementares. Assim, ocupa um lugar comum e divide o universo político em duas razões opostas[8]. Trata-se de um pensamento de duas unidades, dois elementos. Ou seja, uma dualidade contrastante.

Dessa forma é uma onda de intolerância e violência motivada por uma ideia universal de uma luta do bem contra o mal ou da luz contra as trevas e considera-se um mal da pós-modernidade.

Assim, o Binarismo é uma visão de mundo simplista. Este apenas considera os extremos e não considera a complexidade real das coisas, pois, para os binaristas, a vida é uma equação exata.

Estes entendem numa existência de 8 ou 80 e ignoram as infinitas possibilidades de respostas e percepções existentes entre uma coisa e outra.

Um pensamento binarista tem por base as deduções e estas não consideram aspectos mais profundos e resultam em um extremismo altamente prejudicial e não considera a complexidade da vida e das relações humanas, ao criar uma polaridade nociva e paralisante.

---

[7] BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. p. 31.
[8] Idem, p. 32.

Não há mais debates. Em vez de o outro escutar, o receptor prepara uma resposta e com isso, há a ausência do debate.

Dessa forma, alicerçando-se ao pensamento de Deleuze, é importante salientar:

> O nômade tem um território, segue trajetos costumeiros, vai de um ponto a outro, não ignora os pontos (ponto de água, de habitação, de assembleia, etc.) Mas a questão é diferenciar o que é princípio do que é somente consequência na vida nômade. Em primeiro lugar, ainda que os pontos determinem trajetos, estão estritamente subordinados aos trajetos que eles determinam, ao contrário do que sucede no caso do sedentário. O ponto de água só existe para ser abandonado, e todo ponto é uma alternância e só existe como alternância. Um trajeto está sempre entre dois pontos, mas o entre-dois tomou toda a consistência, e goza de uma autonomia bem como de uma direção próprias. A vida do nômade é *intermezzo.* Até os elementos de seu hábitat estão concebidos em função do trajeto que não para de mobilizá-los. O nômade não é de modo algum o migrante, pois o migrante vai principalmente de um ponto a outro, ainda que este outro ponto seja incerto, imprevisto ou mal localizado. Mas o nômade só vai de um ponto a outro por consequência e necessidade de fato; em princípio, os pontos são para ele alternâncias num trajeto[9].

Assim, denota-se a falta do binário em diferenciar, sair do comum, deixar de nutrir-se pelo prato raso e observar outras possibilidades, novos lugares e perceber diferenças sutis em uma interpretação mais distante do usual.

Ao perceber e estimular a curiosidade para ampliar os assuntos, a capacidade de reflexão ou, em uma postura de humildade, o indivíduo passa a buscar aprender mais com a prática da escuta.

Há um significado emotivo das palavras, especialmente ao se enunciar a máxima “Essa turma da esquerda” ou “Os esquerdopatas”. Assim, essa enunciação torna-se sem sentido e odiosa pelo sujeito quando este profere a fim de ofender a aqueles críticos de uma situação executada de forma singular e sem um efeito colaborativo erga omnes.

Para Bobbio, ao fazer uma distinção dos significados descritivo e emotivo das palavras:

> Faço isso porque se trata de uma distinção fundamental, sobre a qual nenhum crítico depositou a devida atenção. Quem se considera de esquerda, do mesmo modo quem que se considera de direita, admite que as respectivas expressões estão referidas a valores positivos. Esta é a razão pela qual um e outro não deixam de incluir a liberdade entre estes valores[10].

[9] DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs** – capitalismo e esquizofrenia. v. 5. ed. 34. São Paulo, 1997. p. 42.
[10] BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. p. 21.

Este posicionamento de Bobbio reforça com maior intensidade a defesa da liberdade de expressão de ambos os grupos e os xingamentos violentos por parte dos raivosos, especialmente dos mais exaltados e bradam com veemência "Fulano é ladrão!". Logo, são informações vazias, de fontes duvidosas e sem uma origem fundamentada.

Ademais, não basta apenas chegar em um bar ou no balcão da padaria e vociferar para todos os consumidores presentes: "Eu votei contra a corrupção! Fora corruptos do Brasil!" se não houve uma devida atenção e também por direita e esquerda serem termos tão exaustivos ao permear o pensamento por díades[11].

1.2 Sociedade da informação e a máquina binária de guerra

De acordo com Senise Lisboa[12], a revolução da informação teve a incumbência de desenvolver as tecnologias da produção, por meio do acúmulo de conhecimento e a facilitação do acesso a todas as pessoas.

Como essa revolução informacional cuida do acesso aos bens intangíveis e incorpóreos, há uma maior valorização dos contratos de fornecimento de serviços. Consequentemente, a invenção da comunicação direta à distância, após longos estudos desenvolvidos por Shannon e Weaver, desenvolvedores da Teoria hipodérmica.

Outra revolução mencionada por Mattelart[13], é a revolução gerencial. Esta é silenciosa e esta conduzirá a uma nova classe social, com consciência de classe própria, interesses próprios e privilégios.

Como o setor governamental teve a incumbência de promover o consumo das tecnologias de informação e comunicação, este serve como a dimensão global para compreender melhor os efeitos da denominada "Sociedade da Informação".

Assim, na "Sociedade da Informação" o computador, a câmera, o *ring light*, microfone, fone de ouvido e uma excelente conectividade ao sinal de internet tornaram-se itens básicos de sobrevivência e sem estes fica impossível de estabelecer relações de trabalho e consumo.

Enquanto isso, para Deleuze[14] e Guatarri[15], o Estado dispõe de uma máquina que não passa pela guerra. Trata-se de uma multiplicidade múltipla e sem medida, de outras relações,

---

[11] BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. p. 31.
[12] SENISE LISBOA, Roberto. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 95, 2006. p. 6. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Roberto_Lisboa/publication/341219107.pdf. Acesso em 08 mai. 2021.
[13] MATTERLART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: EDUSC, 2000. p. 11.

vive em relações de devir, sem operações binárias. É de uma outra espécie, uma origem diferenciada ao constituir-se como aparelho de Estado.

O aparelhamento de Estado configura-se pela sistematização de uma situação em si. Há uma operacionalização de uma situação e esta envolve tanto chefe de governo, serviços e as necessidades em si.

Em troca, para tentar agradar, o poder público executa obras, compra veículos novos. De outro lado, a população, em uma relação consumerista, apenas posta vídeos, equipes do governo assistem e comparecem ao local para soluções paliativas para "agradar".

Ao fazer uma ilustração do modus operandi da máquina de guerra, Deleuze[16] esclarece:

> Sejam o Xadrez e o Go, do ponto de vista das peças, das relações entre as peças e do espaço concernido. O xadrez é um jogo de Estado, ou de corte; o imperador da China o praticava. As peças do xadrez são codificadas, têm uma natureza interior ou propriedades intrínsecas, de onde decorrem seus movimentos, suas posições, seus afrontamentos. Elas são qualificadas, o cavaleiro é sempre um cavaleiro, o infante um infante, o fuzileiro um fuzileiro. Cada uma é como um sujeito de enunciado, dotado de um poder relativo; e esses poderes relativos combinam-se num sujeito de enunciação, o próprio jogador de xadrez ou a forma de inferioridade do jogo. Os peões do go, ao contrário, são grãos, pastilhas, simples unidades aritméticas, cuja única função é anônima, coletiva ou de terceira pessoa: "Ele" avança, pode ser um homem, uma mulher, uma pulga ou um elefante. Os peões do go são os elementos de um agenciamento maquínico não subjetivado, sem propriedades intrínsecas, porém apenas de situação. Por isso as relações são muito diferentes nos dois casos. No seu meio de interioridade, as peças de xadrez entretêm relações biunívocas entre si e com as do adversário: suas funções são estruturais. Um peão do go, ao contrário, tem apenas um meio de exterioridade, ou relações extrínsecas com nebulosas, constelações, segundo as quais desempenha funções de inserção ou de situação, como margear, cercar, arrebentar. Sozinho, um peão do go pode aniquilar sincronicamente toda uma constelação, enquanto uma peça de xadrez não pode (ou só pode fazê-lo diacronicamente).

Ao comparar com o jogo de Xadrez, o Estado faz uma guerra institucionalizada, regrada, codificada, com um front, uma batalha. Seja em uma ação orquestrada, principalmente quando um jornalista faz um comentário ou emite uma opinião sobre um governo[17], uma força disforme resolve pedir a demissão deste comunicador.

---

[14] DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs** – capitalismo e esquizofrenia. v. 5. São Paulo: Ed. 34, 1997.
[15] GUATARRI, Felix. **Caosmose**. São Paulo: Ed. 34, 1999.
[16] DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs** – capitalismo e esquizofrenia. v. 5. São Paulo: Ed. 34, 1997. p. 9.
[17] RD1. Comentarista deixa CNN Brasil de forma inesperada após suposta cobrança política. Da Redação em 1/05/2021. Disponível em https://rd1.com.br/comentarista-deixa-cnn-brasil-de-forma-inesperada-apos-suposta-cobranca-politica/ Acesso em 17 mai. 2021.

Daí é importante trazer como reforço a compreensão de Guatarri[18] ao mencionar a resposta dada à economia significante da linguagem, chamada de máquina de signos. Esta trata sobre uma pratica econômica significacional da língua, cuja qual é intensamente exercida pelo jornalismo brasileiro, principalmente na forma como são transmitidas as informações ao causar medo e insegurança diante de uma agenda midiática e em obediência aos algoritmos.

Nesse sentido, a denominada prática comunicacional brasileira é intensificada e os veículos de imprensa, por diversas vezes fazem parte desse aparato maquínico, em meio a toda a essa semiótica factual do dia a dia. Isso apenas alimenta a máquina binária de guerra em meio a denominada sociedade da informação.

2. Democracia e Neutralidade

Diante das produções de subjetividade[19] dos sujeitos, em meio a verve empreendedora e do cada um por si ao tornar vida nua[20] perante a um sistema econômico selvagem, a democracia se rompe em meio a uma sequência de acontecimentos entre um líder demagógico desobediente as regras e um *estabilishment* político ameaçado[21].

Embora a democracia seja universalmente popular[22], esta permite as suas populações exercerem o voto como direito para decidir pela escolha de seus representantes, seja no legislativo quanto no executivo. Logo, os governos eleitos podem usar do autoritarismo e também colocar a margem a mídia opositora ao mover a máquina do judiciário com processos de calúnia e difamação, principalmente contra jornalistas.

Em meio a discursividade pesada, adota-se uma postura de neutralidade, especialmente na roda de amigos ou até mesmo nas comunidades, seja escolares ou religiosas. Os docentes, especialmente os universitários, com receio do clima de torcida no debate político, preferem evitar quaisquer discussões a respeito de temas do dia a dia.

---

[18] GUATARRI, Felix. **Caosmose**. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 12.
[19] GUATARRI, Felix. **Caosmose**. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 70.
[20] AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer e vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
[21] LEVITSY, Steven; ZIBILATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018. p. 89.
[22] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 122.

2.1 O discurso

Primeiro, antes de tratar sobre a democracia, é preciso fazer menção ao conceito de discurso, conforme o entendimento de Greimas[23]: uma língua enquanto assumida pelo homem que fala, um lugar de passagem de uma a outra ao concordar em dar o estatuto de actante sintático e não de um sujeito ontológico.

Ao compreender o todo fazer pressupõe um saber-fazer ao discurso – manifestação de um fazer ao sujeito do discurso dotado de uma competência discursiva. Ao mesmo tempo há atualização da língua e virtualização do discurso, onde estão depositadas as formas pressupostas da discursividade, na atualização das performances apenas poderá manifestar incompletamente[24].

Greimas apresenta essa ausência não apenas como uma extrapolação. Mas uma revalorização de uma performance discursiva, onde o sujeito passa a ter uma construção permanente, ao explicitar nos discursos as condições de sua existência e de sua produção.

Em uma situação corriqueira, há uma performance por parte do cidadão, especialmente ao demonstrar insatisfação com o serviço público. Ao usar os aparatos da denominada Sociedade da Informação, há uma aparente atitude cidadã e ao mesmo tempo a projeção, consolidação da imagem e a "lacração" para angariar mais seguidores nas suas redes digitais.

Há um aparente jogo de palavras. O radical "público" possui dois significados: ele pode vir contraposto ao privado, por haver uma distinção entre jus publicum e jus privatum ao ser transmitidas pelos juristas romanos, ou a "secreto", principalmente por não haver coincidências entre os significados[25].

2.2. O processo democrático e o problema da neutralidade

Para Habermas[26], o conteúdo ideal da razão prática no processo democrático assume feições pragmáticas, ao passo que as formas de sua institucionalização revelam o grau de realização do sistema de direitos. A compreensão da democracia não pode ficar nem acima e nem abaixo do conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito.

---

[23] GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 4.
[24] Idem, p. 5.
[25] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. _ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997. p. 4.
[26] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 26.

Todas as decisões e os atos governamentais ao tornarem-se conhecidos para o povo sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático e definido como o governo para o povo e controlado pelo povo[27].

Mesmo quando este ideal foi abandonado e iniciou-se a peregrinação para a idealização da democracia representativa, o caráter público permaneceu como um dos critérios para distinguir o estado constitucional do absoluto.

Não há um esgotamento do conteúdo normativo do processo democrático e este ao se apresentar na visão reconstrutiva da teoria do direito. A chave está na institucionalização dos discursos do processo democrático e as suas negociações ao auxiliar as formas de comunicação no fundamento da realidade[28].

Há uma noção de democracia deliberativa em Habermas, onde a justificação dos termos e das condições de associação encontram-se presentes na argumentação pública e do intercâmbio entre cidadãos semelhantes.

Logo, há um laço linguístico ao manter qualquer coesão e esse modelo de política deliberativa é incompleto e cai na neutralidade por carecer de temáticas e diferenciações internas importantes, ao serem reguladas por processos democráticos.

Há uma ação comunicacional consumerista em vez de uma representatividade democrática na relação entre representante do poder executivo na segmentariedade regional, ao tomar empréstimo do termo usado por Deleuze e Guatarri, e este aproveita dessa relação para a formação de seguidores e não eleitores com posicionamento crítico.

Daí, no entendimento de Habermas[29], as esferas públicas utilizam-se de um conjunto de justificação para pavimentar com mais intensidade o caminho da neutralidade onde produz receptores fracos, manobrados pela opinião pública e forma um complexo selvagem e este não se permite organizar completamente.

2.3 O conteúdo ocultado

Parece haver um termo ausente para Greimas[30], seja por meio de contornos vagos e estes são usados para evocar a valorização dos conteúdos de uma comunidade. Em meio a

---

[27] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. _ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997. p. 7.
[28] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 27.
[29] Idem, p. 32.
[30] GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 35.

oposição de cultura de massas e elites, há a primeira categoria dicotômica para interpretar as ressonâncias desses dois grupos.

Ao colocar duas instâncias autônomas – emissor e receptor - suscita investigações de caráter sociológico e psicológico. Ao extrapolar a estrutura da comunicação interindividual, há a elaboração de dois sujeitos coletivos – destinador e destinatário, dotados de competência emissiva e receptiva[31].

No entanto, conforme Bobbio[32], a visibilidade não depende de uma apresentação em público, principalmente de quem está no poder, mas de uma proximidade entre o governante e o governado.

O desafio comunicacional está no governado. O governado como um sujeito de direitos, crítico e questionador; ou apenas o seguidor, da indumentária dourada alviverde e da torcida inflamada.

O representado deu lugar ao torcedor, subserviente. Este, com seu discurso inflamado, oculta a crítica e passa apenas a figura de um adorador de imagem, do sujeito representado, conforme ressalta Bobbio, "um dos argumentos de que sempre serviram ao governo local"[33].

A noção de importância, conforme explicitada por Greimas[34], deu lugar ao oculto, ao subserviente e o direito de permanecer estranhos entre si[35]. Há um jogo entre a formação democrática da vontade e a formação informal da opinião e esta ludicidade alimenta o conteúdo ocultado.

2.4 Neutralidade x Parcialidade

Há um jogo entre a formação democrática da vontade e a formação informal da opinião e, ao legitimar os discursos dentro de um processo democrático, conforme elucidado por Habermas[36], o detentor do poder necessita justificar suas ações e decisões políticas para seus oponentes.

---

[31] GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 37.
[32] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. _ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997. p. 8.
[33] Idem, p. 8.
[34] GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 38.
[35] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 33.
[36] Idem.

Nessa ludicidade entre a elaboração de uma sistematização da democracia e a constituição de um Estado de Direito, há divergência na harmonização da soberania popular com os direitos humanos[37].

Há uma cessão, uma troca de lugares nessa toada da neutralidade. Ao fundamentar-se na lógica da argumentação, especialmente ao utilizar-se dos conceitos de Barthes[38], em uma análise literária, exige-se uma aplicabilidade de uma narração uma metodologia puramente indutiva ao estudar todos os processos.

Assim, dessa forma, denota-se uma mistura de sinais, e ao utilizar-se da ilustração de Didi-Hubermann[39], é como um vagalume na vontade de escapar do fogo dos projetores para melhor emitir seus lampejos de pensamentos e transmiti-los a qualquer preço.

Aplica-se esse desejo de escape, principalmente ao compreender o cenário brasileiro. Há uma vontade de escapar dos projetores, não apenas da população quando é questionada pelas redes sociais por outros eleitores, principalmente os descontentes com o atual chefe de governo, mas os próprios gestores fogem.

Esse escapismo procede-se de diversas formas, seja pelos seus departamentos de mídia ou os próprios eleitores, com um comportamento de devoção, abastecem-se de memes digitais para emitir respostas.

Um processo neutro não é valido para a realização de fins por prejudicar pessoas de posições adversas, com concepções diferentes e valores diferentes. Para os liberais, o discurso político não deve estar aberto a todo o tipo de questões e de argumentos a serem introduzidos pelos partidos.

O Brasil por ter um povo marcado por sua memória fraca sobre a própria história, a atuação política dos atuais chefes de governo, especialmente o federal, fortalece a amnésia coletiva. Não há uma relação de continuidade com a história e o presente se desliga do passado.

Para Reis[40], ao verificar o expansionismo do capitalismo e as suas contradições, há uma parcialidade aética ao detectar uma identificação com a denominada coletividade nacional.

---

[37] ALMEIDA, Fernanda Andrade; FERREIRA, Rafael Almeida Jathahy. Ação afirmativa de gênero e crítica feminista à democracia deliberativa: racionalidade e neutralidade no discurso democrático. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007. p. 5.733.

[38] BARTHES, Roland. **La Aventura Semiológica**. Barcelona: Editora Paidós, 1993. p. 165.

[39] DIDI-HUBERMAN, Georges. **A sobrevivência dos vagalumes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 140.

[40] REIS, Fábio Wanderley. Cidadania democrática, corporativismo e política social no Brasil. *In*: **Mercado e Utopia.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 367. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/ppgcp/wp-content/uploads/2019/08/13.pdf. Acesso em 21 mai. 2021.

Outra tendência, de acordo com Pollack[41], em meio a diversificação dos elementos históricos, a história tem dificuldade em manter-se como uma ciência de síntese e acaba ocupando um espaço particularizado e a sua alegada parcialidade.

Essa parcialidade ocupa lugar na opinião pública, especialmente a proferida pelos jornalistas opinativos, ao transmitirem seu discurso pronto, enviesado por um lado da moeda. É possível identificar essa parcialidade através dos anunciantes, patrocinadores e a forma de comportamento do apresentador do telejornal ao relatar o fato.

A parcialidade também ocupa a discursividade massiva. A defesa do governante, especialmente ao dizer sobre a "ausência de corrupção" ou "os filhos não têm nada a ver com o presidente" é uma forma de parcialidade e uma defesa assumida e fiel da postura de um seguidor ao dizer: "o importante é não ver o vermelho no poder".

3. O real papel do cidadão

Primeiramente é preciso sedimentar-se no significado literal da palavra democracia – governo do povo para o povo. E este fundamenta-se como princípio fundamental na Constituição Federal no art. 1º, parágrafo único[42].

Não é possível olhar para a democracia como apenas um significado onde cada sujeito possui a sua singularidade e a interpretação pessoal acerca desse conceito.

Ao extrair o entendimento de Habermas[43], um poder administrativo autônomo ao se ligar em um poder social eficaz ao formar uma corrente e esta traspassa os fluxos de processos democráticos dirigidos pelo poder comunicativo.

O Brasil ocupa uma posição destacada no mundo ao investir em inovações democráticas, especialmente em fomentar a participação cidadã nas diferentes instâncias de participação política, como é o caso dos denominados orçamentos participativos.

Não apenas é preciso mencionar sobre este evento, ao envolver cidadãos. Recentemente, é preciso também tratar sobre as plenárias fomentadas pelas subprefeituras paulistanas, uma forma dos subprefeitos, como representantes mais próximos da população, solidificar a relação e a proximidade com os bairros.

---

[41] POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, jan.-jun., 1989. p. 8.

[42] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[43] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 58.

Ao fazer o recorte na região de São Mateus, localizada na zona Leste de São Paulo há a proposta de governo participativo, onde o cidadão tem uma atividade intensa, com reuniões juntamente com o subprefeito e a atuação direta nos grupos focais como o Conselho de Segurança (CONSEG)[44].

Os eleitores traduzem um auto interesse e este se apresenta na forma de pretensões dirigidas ao sistema político. Ou seja, há uma guinada em uma discussão paradoxal a respeito do eleitor racional[45].

Conforme apontado por Habermas[46], denota-se um abandono de um conceito hierárquico de sociedade centrado no Estado. Há uma compreensão de um papel do Estado totalmente concentrado e sugerido no modelo liberal.

Dessa forma é perceptível o real papel do cidadão, principalmente nessa ciranda de movimentações entre a representatividade, Estado e o modelo liberal. Em vez de uma postura crítica cidadã, há um viés clientelista e devoto por parte dos eleitores e cidadãos.

3.1 *Brandsense* político

O conceito de Brandsense é extraído dos estudos de Lindstrom, onde este, juntamente com a sua equipe, através de várias perguntas, levantou informações acerca da afinidade dos sujeitos com as marcas. Estes compartilham sentimentos e impressões sobre os produtos consumidos.

A posição de Silva e Ronha[47], é algo semelhante na relação eleitor-candidato. Há afinidade, identidade e as ações são, geralmente, necessárias e marcante para o eleitor.

Percebe-se uma preocupação com o desempenho e o "mostrar serviço". Assim é o perfil da rede social do subprefeito do Distrito de São Mateus, localizado na região da Zona Leste paulistana. Em uma de suas postagens, resolveu postar um caminhão despejando cascalho com uma leve camada de asfalto para "dar um pouco de dignidade" para os moradores da comunidade Morumbizinho, localizada no distrito de São Rafael, na Zona Leste Paulistana.

---

[44] CONSEG. Disponível em: http://www.ssp.sp.gov.br/conseg/. Acesso em 23 mai. 2021.
[45] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p .61.
[46] Idem, p. 62.
[47] SILVA, Luís Delcides Rodrigues da.; RONHA, Amanda Nunes. Hibridismo Eleitoral: A Construção e efeitos da marca sensorial política na Sociedade da Informação. *In*: BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs.). **Direitos humanos, ética e democracia na sociedade da informação**. São Paulo: Irineu Francisco Barreto Júnior, 2020. p. 116.

O subprefeito, em sua postagem, apresenta a expressão "olhar humano". Afinal, é um mostrar desempenho, justificar a alta verba orçamentária designada para a subprefeitura. Assim, para Silva e Ronha:

> Neste momento de exceção, avesso aos procedimentos costumeiros de uma campanha política tradicional, esta é a oportunidade de inovar. O marketing político precisa reavaliar as mensagens transmitidas pelos candidatos, ter uma objetividade, proximidade com o eleitor através das redes sociais com a criação de *lives* ao conversar com os seguidores, mostrar os problemas da cidade e, de uma forma educativa e instrutiva, esclarecer, responder e comentar as dúvidas e postagens dos internautas ao criar uma interação e proximidade com estes[48].

A atitude "lacradora" do subprefeito é considerável positiva e até mesmo uma oportunidade de mostrar serviço e solidificar a marca, a presença. Ser lembrado pelo cidadão, estar próximo do possível eleitor e reforçar mais o relacionamento com o foco no próximo período eleitoral.

Essa promessa e totalidade de percepções permanece sobre o olhar do cidadão, especialmente para o opositor, o crítico digital, ao se manifestar com ódio e raiva. O "olhar humano" do subprefeito colidiu com o descontentamento e a indignação quando diz: "jogou essa merda na minha rua".

O *brandsense* político torna-se uma marca negativa perante esse eleitor descontente. O "tapinha" nas costas do opositor, ao fazer aquela visita no bairro, começa a ganhar espaço em meio aos rancorosos.

3.2 O Clientelismo no Estado Democrático de Direito

A política torna-se independente e, consequentemente, um circuito fechado de comunicação em si mesmo. Há uma necessidade de legitimação de modo paternalista, principalmente na concorrência entre as linhas conexas entre governo e oposição.

Para Habermas[49], há uma caixa de ressonância em formação, principalmente ao verificar o esgotamento das linguagens, principalmente o tratamento de problemas ao envolverem a sociedade como um todo.

---

[48] SILVA, Luís Delcides Rodrigues da.; RONHA, Amanda Nunes. Hibridismo Eleitoral: A Construção e efeitos da marca sensorial política na Sociedade da Informação. *In*: BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs.). **Direitos humanos, ética e democracia na sociedade da informação**. São Paulo: Irineu Francisco Barreto Júnior, 2020. p. 117.

[49] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 75.

O enfraquecimento de integração significa um desafio para a política e o direito e reproduz de uma certa maneira, um choque ao perder a legitimidade religiosa. A medida da legitimidade só vale para as questões apenas decida politicamente[50].

Uma política de opções exercida pelo Estado, como o planejamento econômico e este não contenta com estímulos e normas proibitivas. No entendimento de Habermas (1997, p. 77), há barreiras nas dificuldades de planejamento, especialmente no campo da política, da saúde, tecnologia e da política e da ciência.

Assim, compreende-se o reforço de uma relação clientelista. O Estado, torna-se um fomentador de alternativas e ao passar a ocupar como um gerenciador, um gestor, apresenta-se como um facilitador, uma figura pronta para atender o cidadão insatisfeito com o buraco na rua, a falta de botoeira e o ônibus novo.

O cidadão, ao xingar um subprefeito, ao ter aplicado a massa asfáltica em cima de um terrão, sem preparar o solo adequadamente para receber o material, tem uma relação clientelista, pois está no "radar" do político-gestor.

Ao reforçar sobre as formas participatórias de envolvimento do ente público, Habermas[51] compreende sobre a busca de um caminho próprio, quanto a esfera privada mantém uma relação complementar com a esfera privada, especialmente com os ditos núcleos privados.

Há um funcionamento de uma máquina linguística, ao extrair a expressão de Greimas[52], ao fazer a menção sobre a relação sociedade e indivíduo. A língua, pode ser considerada um fato social e a fala é individual, ao ser assumida pelo sujeito falante.

O aparato da linguagem operacionaliza no sistema Estatal e este atua intensamente através das mídias sociais governamentais. Em uma insatisfação de funcionários públicos, a máquina, através da gestão, possui o poder de operacionalizar a comunicação a ponto de estimular a reação clientelista do cidadão na sociedade da informação.

Também é necessária a menção sobre o confronto de um Território Existencial ao tratar sobre os confrontos com conteúdos não consistentes, composta de um campo de significações ideológicas delimitadores de um território[53]. Este não é especializado, mas é da ordem de um sujeito.

---

[50] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 75.
[51] Idem, p. 85.
[52] GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 40.
[53] GUATARRI, Felix. **Caosmose**. São Paulo: Ed. 34, 1999. p.73.

Ademais, ao trazer a compreensão de Guatarri, há conceitos e uma concepção da subjetividade ao trabalhar a ideia de um inimigo invisível, que permeia em meio a "luta do bem contra o mal". Esta discursividade operacionaliza durante passeios de moto, grupos virtuais, religiosos, onde pastores e líderes políticos, em vez de proferir palavras consistentes, emitem significações ideológicas.

Por isso, essas coordenadas precisam ser afastadas e, com isso, é necessário recompor os territórios, mudar as coordenadas enunciativas. Em vez de serem focadas na instabilidade, medo e ódio; um espaço para novas relações afetivas, enunciações consistentes com informações seguras e concisas. Repensar a forma de fazer e produzir notícia, melhorar a transmissão de mensagens para os receptores

Conclusão

Conclui-se sobre o desafio e efeito do mundo globalizado e este resulta em um fenômeno multifacetado ao possibilitar a reconstrução de um constitucionalismo a partir de uma teoria discursiva da Constituição adequada ao contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Contudo, o sujeito binário carece de senso crítico e falta a este a percepção em diferenciar, sair do comum. O negacionismo prevalece na pós-modernidade e consequentemente este sujeito alimenta-se de informações dispostas em pratos rasos, sem nenhum cuidado.

Também, é importante a consideração sobre este ator social e a sua dificuldade em observar outras possibilidades, novos lugares e perceber diferenças sutis em uma interpretação mais distante do usual.

Entretanto, ao perceber e estimular a curiosidade para ampliar os assuntos, a capacidade de reflexão ou, em uma postura de humildade, o indivíduo passa a buscar aprender mais com a prática da escuta.

Todavia, há ações orquestradas, especialmente nas corporações. Pela sua ligação intrínseca com o poder, o jornalista, peça mais frágil deste poderoso jogo de xadrez formado pelos conglomerados de comunicação e estruturas de poder, ao fazer um comentário ou emitir

uma opinião sobre um governo[54], uma força oculta e sem identificação resolve pedir a demissão deste comunicador.

Porém, o cidadão desenvolve uma performance, especialmente no momento de demonstrar a sua insatisfação com o serviço público. Ao usar os aparatos da denominada Sociedade da Informação, há uma aparente atitude cidadã e ao mesmo tempo a projeção, consolidação da imagem e a "lacração" para angariar mais seguidores nas suas redes digitais.

Nesse sentido, há um jogo de palavras. Este é mediado por um processo neutro e inválido para a realização de fins por prejudicar pessoas de posições adversas, com concepções diferentes e valores diferentes.

Na concepção liberal, o discurso político não deve estar aberto a todo o tipo de questões e de argumentos a serem introduzidos pelos partidos. Assim, percebe-se o papel real do cidadão, principalmente nessa ciranda de movimentações entre a representatividade, Estado e o modelo liberal.

Portanto, essa promessa e totalidade de percepções permanece sobre o olhar do cidadão, principalmente ao opositor, o crítico digital, quando se manifesta com todo o seu ódio e descontentamento.

O "olhar humano" do subprefeito, em sua postagem de redes sociais para mostrar seu desempenho ao cidadão-cliente, colidiu com o descontentamento e a indignação da resposta de um cidadão da postagem, insatisfeito com a aplicação de cascalho e piche seco no chão batido da vila.

Por conseguinte, a linguagem operacionaliza no sistema Estatal e esta atua intensamente através das mídias sociais governamentais e dialoga firmemente com os outros conglomerados de mídia.

Bibliografia

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer e vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Andrade; FERREIRA, Rafael Almeida Jathahy. Ação afirmativa de gênero e crítica feminista à democracia deliberativa: racionalidade e neutralidade no discurso democrático. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007. p. 5.727-5.745.

BARTHES, Roland. **La Aventura Semiológica**. Barcelona: Editora Paidós, 1993.

[54] RD1. Comentarista deixa CNN Brasil de forma inesperada após suposta cobrança política. Da Redação em 1/05/2021. Disponível em https://rd1.com.br/comentarista-deixa-cnn-brasil-de-forma-inesperada-apos-suposta-cobranca-politica/ Acesso em 17 mai. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo. Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988... Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 15 de maio de 2021.

CONSEG. Disponível em: http://www.ssp.sp.gov.br/conseg/. Acesso em 23 mai. 2021.

DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs** – capitalismo e esquizofrenia. v. 5. São Paulo: Ed. 34, 1997.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **A sobrevivência dos vagalumes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, direito constitucional, democracia e sociedade: uma "breve reflexão" no "pano de fundo" da modernidade ou da pós-modernidade? Do Estado nacional ou pós-nacional? **Rev. Fac. Direito UGMG**, Belo Horizonte, n. 56, p. 63-100, jan./jun. 2010.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

GREIMAS, Julien Algridas. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981.

GUATARRI, Felix. **Caosmose**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

LEVITSY, Steven; ZIBILATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.

MARTINS, Carlos Estevão. Da globalização da economia à falência da democracia. **Economia e Sociedade**, Campinas, SP, v. 5, n. 1, p. 1–23, 2016. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643185. Acesso em 17 mai. 2021.

MATTERLART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: EDUSC, 2000.

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, jan.-jun., 1989.

RD1. Comentarista deixa CNN Brasil de forma inesperada após suposta cobrança política. Da Redação em 1/05/2021. Disponível em https://rd1.com.br/comentarista-deixa-cnn-brasil-de-forma-inesperada-apos-suposta-cobranca-politica/ Acesso em 17 mai. 2021.

REIS, Fábio Wanderley. Cidadania democrática, corporativismo e política social no Brasil. *In*: **Mercado e Utopia.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em http://www.fafich.ufmg.br/ppgcp/wp-content/uploads/2019/08/13.pdf. Acesso em 21 mai. 2021.

SENISE LISBOA, Roberto. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais,** v. 95, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Roberto_Lisboa/publication/341219107.pdf. Acesso em 08 mai. 2021.

SILVA, Luís Delcides Rodrigues da.; RONHA, Amanda Nunes. Hibridismo Eleitoral: A Construção e efeitos da marca sensorial política na Sociedade da Informação. *In*: BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs.). **Direitos humanos, ética e democracia na sociedade da informação**. São Paulo: Irineu Francisco Barreto Júnior, 2020.

A (IN)ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

MATEUS DE SOUZA SILVÉRIO

Mestrando em Constitucionalismo e Democracia na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV *Law*. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Graduado em Administração pela Universidade do Vale do Sapucaí – UNIVÁS. Pesquisador e advogado.

Resumo: O presente artigo aborda a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para a formação de um discurso jurídico argumentativamente racional, de modo a analisar sua (in)adequação quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP que possibilitou a execução provisória da pena após decisão colegiada em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para isso, o artigo utiliza-se de uma abordagem analítica mediante a utilização do método bibliográfico, de modo a esclarecer o cerne da teoria alexyana em comparação com a fundamentação utilizada na referida decisão.

Palavras-chave: Robert Alexy; Ponderação; Argumentação Jurídica; Decisão Judicial; Princípios; Regras;

Abstract: The present article addresses Robert Alexy's theory of legal argumentation for the formation of a legally reasoned discourse, aiming to analyze its (in)adequacy in the judgment of Habeas Corpus 126,292/SP, which allowed for the provisional execution of the penalty following a collegial decision at the second instance, even before the final judgment of the convicting criminal sentence. To achieve this, the article employs an analytical approach through the use of the bibliographic method to clarify the core of Alexy's theory in comparison with the reasoning used in the mentioned decision.

Keywords: Judicial Activism; Constitutional Review; Legitimacy; Democracy; Judiciary and Legislative Power.

Introdução

Muito se critica a teoria desenvolvida por Robert Alexy como uma forma de legitimar a arbitrariedade do julgador em casos concretos, especialmente após sua utilização em demasia pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, pouco se conhece dela para uma crítica contundente à respeito.

No presente artigo o autor discorrerá sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, evidenciando suas nuances para a criação de um discurso jurídico argumentativamente racional.

Nesse sentido, trará o primeiro capítulo do artigo o cerne de toda teoria alexyiana que é o conceito de princípios e regras, distinguindo-os. No segundo capítulo o autor abordará a racionalidade argumentativa da teoria desenvolvida por Alexy, aprofundando nos modos e regras de interpretação para adentrar efetivamente, no terceiro capítulo, à máxima da proporcionalidade e o juízo de ponderação.

Assim, uma vez ultrapassada a teoria da argumentação jurídica de Alexy, o autor faz considerações acerca a (in)adequação da utilização das regras de ponderação no caso do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP que, à época do julgamento, possibilitou a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, tem-se a problemática acerca da (in)adequação da utilização da teoria de Robert Alexy no referido julgado como forma de fundamentar a mudança no posicionamento jurisprudencial, abordando inclusive o posicionamento do autor acerca da referida teoria e a crítica generalizada sobre a legitimação da subjetividade do julgador.

1. A teoria de Robert Alexy- diferença entre princípio e regra

Robert Alexy como um procedimentalista pós-positivista neoconstitucional criou um importante marco teórico com sua *Teoria da Argumentação Jurídica* e a racionalidade argumentativa através de um juízo de ponderação que causou graves consequências no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo no caso do julgamento, enfim e posteriormente revisado, do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP que possibilitou a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sua teoria tenta criar um discurso jurídico lógico para a formação decisão jurídica quando da existência de colisão entre princípios, utilizando-se do procedimento para a estruturação argumentativamente racional na escolha de um princípio em detrimento de outro,

de modo a encarar o discurso jurídico como uma espécie do discurso prático geral, sustentando "*que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico*"[1]. Nesse sentido, Rafael Lazzarotto Simioni, em sua obra *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*, afirma que:

> Alexy vai propor tanto uma reconstrução dos discursos jurídicos – com a incorporação de formas de interpretação e de argumentação jurídica mais sofisticadas do que as tradicionais –, quanto uma vinculação desses discursos jurídicos com os discursos práticos gerais – com a incorporação de regras capazes de fazer florescer os conteúdos morais.[2]

Desta forma, a pretensão de correção desenvolvida por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica é uma pretensão de correção para a formulação de decisões jurídicas argumentativamente racionais, levando-se em consideração o procedimento criado por si, razão pela qual, tem-se em Alexy um referencial teórico procedimentalista.

> Não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais este trabalho tenta evidenciar. Sua apresentação sistemática pode ser vista como uma explicação do conceito de argumentação jurídica racional.[3]

Nesse mesmo sentido, Simioni afirma:

> A perspectiva procedimentalista, na qual Alexy se insere, parte do reconhecimento dessa impossibilidade de generalização objetiva dos princípios morais e valores éticos. E já que não são possíveis argumentos racionais baseados em uma pretensão de universalização de princípios morais apenas contextualmente válidos, então a argumentação pode deslocar a sua pretensão de justificação, dos conteúdos substanciais. Em outros termos, uma decisão racional pode ser justificada por meio de uma argumentação baseada em princípios substanciais, mas também pode ser justificada por meio de uma argumentação baseada em princípios e regras procedimentais. A proposta procedimentalista é renunciar à pretensão de justificação baseada em princípios substanciais e substituí-la por uma justificação baseada no cumprimento de procedimentos de discussão racional.[4]

---

[1] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 194.
[2] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 241.
[3] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 252.
[4] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 247-248.

Para isso, a teoria de Alexy traz a distinção fundamental e basilar para sua aplicação entre princípios e regras normativas, afirmando que tratam os princípios de mandados de otimização, enquanto as regras são determinações. Em outras palavras, sendo os princípios, para Alexy, mandados de otimização, eles constituem um objetivo à ser alcançado, de modo que sua aplicação, no caso concreto, poderá ser sopesada mediante o juízo de ponderação em maior ou menor densidade. Já as regras constituem mandamentos obrigatórios de serem seguidos, não havendo a possibilidade de seu sopesamento, ou seja, enquanto os princípios podem, como objetivos a serem alcançados, ser aplicados em uma maior ou menor medida, as regras não possuem essa característica, pois, de acordo com o caso concreto, permitem ou não determinada conduta. Nesse sentido:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.[5]

Esse é o caso da própria aplicação de sua teoria para a formulação de um discurso jurídico racional. Para Alexy, independentemente do resultado, se o discurso seguir as regras do procedimento, que não podem ser sopesadas, elas constituem um discurso jurídico racional, enquanto se descumprirem as regras de sua teoria tem-se um discurso jurídico irracional.

Para melhor elucidar essa diferenciação entre regras e princípios desenvolvida por Alexy, pode-se citar como exemplo o artigo 3º, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil brasileiro –, que qualificou os menores de 16 anos da seguinte forma: "Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos."[6]

Observe que não há como aplicar mais ou menos a referida norma jurídica, não constituindo mandado de otimização, mas, sim, regra jurídica à ser aplicada *ipsis literis*, de

---

[5] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 90-91.
[6] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

modo que um contrato assinado por um menino de 10 (dez) anos não terá validade jurídica, sendo nulo de pleno direito em decorrência da aplicação dessa regra, pois trata-se o menino de uma pessoa absolutamente incapaz.

Nesse sentido, para Alexy tampouco a concretização da compra e venda de uma bala em um supermercado por aquela criança de 10 (dez) anos pode constituir uma transação negocial válida, visto que não se pode sopesar a aplicação das regras jurídicas, ela é aplicada e pronto.

Por outro lado, extrai-se do inciso III, do artigo 3º, da Constituição Federal o objetivo constitucional à ser atingido da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais, todos em consonância com o inciso III, de seu artigo 1º que afirma ter a República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana como fundamento.

Veja bem, o inciso constitucional que institui como objetivo fundamental do Brasil a erradicação da pobreza, constitui, na visão de Alexy, um princípio, pois trata-se visivelmente de um mandado de otimização que poderá, inclusive, não ser aplicado em detrimento de outro princípio, como o da livre iniciativa e o da propriedade privada, com a aplicação do juízo de ponderação no caso concreto quando houver colisão entre eles.

Portanto, partindo da premissa da distinção entre regras e princípios de Robert Alexy pode-se traçar significativas limitações na aplicação da ponderação – desenvolvida em sua teoria – em inúmeros casos concretos, visto que somente possível quando se tratar de colisão entre princípios, ou seja, para Alexy, inexiste abertura para a aplicação do juízo de ponderação quando a controvérsia cingir sobre regras, pois a aplicabilidade dessas não admite sopesamento.

No caso de colisão entre regras, Alexy afirma que se tem na decisão uma declaração de validade de uma determinada norma em detrimento da outra conflitante, podendo o julgador solucionar o impasse mediante a existência de uma cláusula de exceção ou por meio de regras gerais do tipo *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior revoga lei anterior) ou *lex specialis derrogat legi generali* (lei especial prevalece sobre lei geral).[7]

[7] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 93.

2. Argumentação Jurídica Racional para Alexy

O procedimento que define uma argumentação jurídica racional, segundo Alexy de acordo com Simioni, tem que integrar os métodos de argumentação (semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico) com as três regras de argumentação: saturação, função e organização hierárquica[8].

Por semântica entende-se a utilização de recursos linguísticos para justificar uma determinada interpretação de uma regra, podendo tanto justificar, quanto criticar ou, até mesmo, demonstrar que determinada interpretação é semanticamente (im)possível. Havendo, na norma jurídica, uma indeterminação semântica, necessário se faz a utilização da forma genética de argumentação para solucioná-la, de modo que por genética entende-se a busca da vontade do legislador quando da promulgação de determina norma jurídica para sua melhor interpretação.

Conforme bem esclarece Simioni, essa vontade do legislador pode ser tanto sua própria intenção direta na promulgação da norma quanto o objetivo para o qual a norma foi promulgada:

> Esse recurso à intenção do legislador, quer dizer, à genética da norma jurídica, pode ser realizado de dois modos diferentes: a) pode-se justificar uma determinada interpretação com base na intenção direta do legislador; e b) pode-se justificar uma determinada interpretação com base na intenção de um resultado pretendido pelo legislador[9].

Um exemplo de argumentação jurídica fundamentada na interpretação genética da norma se deu no julgamento da ação de impugnação à mandato eletivo nº 0600592-80.2020.6.13.0112 proposta pela Comissão Provisória Municipal do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB contra R.A.B. em que sob a alegação de uma suposta candidatura fictícia para cumprir com a exigência do artigo 10, parágrafo terceiro, da Lei 9.504/97, pretendia o partido impugnante a declaração da fraude com a consequente cassação do mandato da vereadora eleita.

Observe que ao julgar o caso, o relator do Recurso Eleitoral nº 060059280/MG, Desembargador Marcelo Paulo Salgado, entendeu, dentre outras coisas, acatar o parecer ministerial do Ministério Público Eleitoral para o não provimento do recurso, de modo a

---

[8] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 253.
[9] Idem, ibidem.

manter a candidata eleita, pois do contrário estar-se-ia violando a própria intenção do legislador, qual seja, uma maior participação na política pelo gênero feminino:

> Por fim, no caso em análise, a procedência do pedido encontra ainda um outro impeditivo, qual seja, a violação da própria finalidade do artigo 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997, porque conduziria à cassação do mandato de candidata do sexo feminino, única candidata do Partido Verde que obteve sucesso nas eleições e em relação a quem não há sequer indícios de participação na alegada fraude. Nesses termos, na situação específica dos autos, o provimento do recurso redundaria em prejuízo à finalidade da norma que a AIME visa defender, qual seja, a expansão da participação feminina na política.[10]

Por argumentação histórica tem-se a utilização de, por exemplo, jurisprudências anteriores para a solução da controvérsia existente, podendo aí tanto aplicá-la ao caso concreto com vistas a uma maior segurança jurídica quanto não aplicá-la, pois demonstrada historicamente que sua aplicabilidade poderia resultar em diversos fatores negativos futuros.

A argumentação comparativa é entendida em caráter espacial, de modo a comparar o direito estrangeiro ao direito local.

Para Simioni, Alexy limita a argumentação sistemática tão somente a relação lógica entre as normas, de modo que uma norma válida não pode contrariar outra norma válida, pois aí estaria em uma situação de incoerência lógica do sistema normativo[11].

Robert Alexy, segundo Simioni, entende a argumentação teleológica assim como a genética, sendo uma espécie de interpretação sistemática que leva em conta, como estratégia de justificação de uma determinada interpretação jurídica, os objetivos ou os fins prescritos no contexto sistemático da ordem jurídica em vigor[12], como por exemplo no recurso eleitoral acima descrito.

Uma vez sendo insuficientes, por si só, esses modos de interpretação acima explicitados, Alexy, segundo Simioni, utiliza-se, como já dito anteriormente, de três regras de interpretação que serão abaixo explicitadas.

A primeira delas é a saturação, entendida como sendo a exigência de plenitude argumentativa, de modo que uma argumentação racional deve satisfazer tanto as razões de ordem normativa quanto empíricas, sendo a primeira às normas jurídicas determinadas pelo ordenamento jurídico vigente e a segunda as justificativas sobre os fatos. É na saturação das

---

[10] BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Eleitoral 060059280/MG**. Relator(a) Des. Marcelo Paulo Salgado, Acórdão de 03/05/2022. Publicado no(a) Diário de Justiça Eletrônico-TREMG 80, data 11/05/2022.
[11] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 257.
[12] Ibidem, p. 258.

razões de ordem normativa que, segundo Simioni, Robert Alexy permite que a argumentação jurídica saia do próprio sistema jurídico recorrendo à argumentos práticos gerais[13].

Já na diferenciação das formas de argumentação, Alexy, segundo Simioni, afirma que cada método argumentativo se diferencia em sua função, visto que na semântica pretende-se a garantia da coerência entre a decisão jurídica e a aplicação da norma; na genética visa garantir a intenção do legislador; na histórica o objetivo é convocar o passado para justificar seu juízo de adequação; na comparativa tem como cerne comparar as experiências entre sociedades diferentes; na sistemática pretende-se garantir a estrutura lógica de não contradição entre as normas; e na teleológica a abertura da argumentação jurídica para a justificação de argumento prático geral.

Por fim, tem-se como regra de interpretação o critério de solução hierárquica, o qual Alexy não se propõe a criar um catálogo de maior ou menor importância entre os métodos de intepretação, não havendo que se falar, portanto, em ordem hierárquica de prevalência, com exceção da elevação do modo semântico e genético sobre o teleológico, porém, mesmo assim não exclui a possibilidade de se optar racionalmente por outro argumento em detrimento dos dois citados (semântico e genético).

> A teoria da argumentação jurídica de Alexy, portanto, não apresenta uma solução para esse problema. Pelo contrário, ela procura resolver esse problema indicando 'como as diferentes formas de argumento podem ser empregadas utilmente'.[14]

Para uma argumentação jurídica racional além das formas e regras de argumentação destacadas anteriormente, pode o operador do direito utilizar-se da dogmática e dos precedentes judiciais, bem como da complementação da argumentação jurídica pela argumentação prática geral, tendo em vista que, como destacado anteriormente, Robert Alexy defende que os discursos jurídicos são uma espécie do gênero dos discursos práticos gerais. Essa é uma forma de Robert Alexy ultrapassar o liame da incoerência entre os positivistas e os jusnaturalistas sem remontar aos jusnaturalismo, sendo que a utilização de discursos práticos gerais (moral e valores) não são capazes de macular a racionalidade argumentativa da decisão jurídica, desde que correta em seu procedimento.

---

[13] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 259-260.
[14] Ibidem. p. 261-262.

4. Máxima proporcionalidade e juízo de ponderação

Entendendo os princípios como mandamento de otimização, Alexy encontra nos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão uma espécie de confirmação de sua conceituação, visto que o referido Tribunal, ao julgar casos de conflitos entre princípios, exarou que não haveria precedência de um princípio sobre o outro sopesando sua aplicação de acordo com o caso concreto.

> Em suas palavras, o que importa é se os 'interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesse cuja a preservação a atividade estatal deve servir'.[15]

Desta forma, Alexy afirma que os princípios possuem um caráter *prima facie* enquanto as regras são definitivas, de modo que:

> Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.[16]

A máxima proporcionalidade, portanto, surge como consequência lógica da conceituação de princípios por Alexy, visto que a aplicação do sopesamento, ou seja, do juízo de ponderação em casos de colisão entre princípios **DEVE** sempre se ater a máxima da proporcionalidade.

Interessante questão temos em relação a proporcionalidade, encarada por inúmeros doutrinadores brasileiros como princípio, como por exemplo na definição de Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra *Curso de Direito Constitucional* que assim afirma:

> É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que *a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica*.[17]

---

[15] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 97.
[16] Ibidem, p. 103-104.
[17] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 349.

Lado outro, Alexy entende a proporcionalidade como a decorrência lógica do próprio princípio, não se tratando, para Alexy e ao nosso ver, de um princípio da proporcionalidade e sim de uma regra da proporcionalidade, pois deve obrigatoriamente ser aplicada diante do caso de colisão entre princípios.[18] Nesse sentido, Simioni prescreve:

> A máxima da proporcionalidade, segundo a teoria de Alexy, seria uma regra e não um princípio. Isso porque a proporcionalidade não contém nenhum mandado de otimização. Ela não constitui uma orientação que deve ser alcançada de modo mais satisfatório possível. A máxima da proporcionalidade contém regras que devem ser cumpridas e que só podem ser cumpridas ou descumpridas.[19]

A máxima da proporcionalidade para Alexy possui três premissas maiores que constituem etapas quando do juízo de ponderação pelo operador do direito, ou seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, segundo Simioni, é a "otimização sobre as possibilidades fáticas da relação entre os meios e os fins exigidos por princípios"[20], se deparando o operador do direito com 4 situações na existência de colisão entre princípios: (a) meio adequado, sem interferência; (b) meio inadequado, com interferência; (c) meio inadequado, sem interferência; (d) meio inadequado, com interferência.

Observe que na situação (a) desnecessário se faz passar para a análise da colisão entre princípios utilizando-se da segunda premissa que será abordada adiante, pois seria a solução adequada sem nenhuma interferência no princípio colidido. Já nas situações (c) e (d) como inadequada, não podem satisfazer um discurso jurídico argumentativamente racional.

Ponto importante é a situação (b) em que se verifica a utilização do meio adequado, todavia com interferência. Nessa situação, se exigirá o afastamento do meio empregado para sua adequação, porém em caso de impossibilidade, passar-se-á a segunda etapa (premissa) da regra da máxima proporcionalidade que é a necessidade.

Na necessidade tem por objetivo encontrar um meio-termo na escolha a aplicação de um princípio em detrimento de outro colidente, de modo que a escolha do primeiro não implique na insatisfação total do outro preterido, passando, como bem pontua Simioni, a encarar os princípios como se fossem necessidades econômicas.

---

[18] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 116-117.
[19] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 283.
[20] Ibidem, p. 284.

> Quer dizer, os princípios passam a ser concebidos como se fossem necessidades econômicas que, diante da escassez de recursos fáticos, devem ser equilibradas e distribuídas equitativamente, ou melhor: distribuídas de modo otimizado, de modo a se garantir uma eficiência na alocação de recursos para a satisfação ótima de todas as necessidades principiológicas.[21]

Assim, na terceira etapa tem-se a premissa da proporcionalidade em sentido estrito, aonde Robert Alexy evidencia sua a fórmula peso, "núcleo da ponderação", seguindo a máxima de que: "Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro."[22]

Tem-se aí a necessidade de criação de um grau de escalas de interferência entre um princípio em outro, o qual, distingue Alexy, em grau leve, médio ou grave, ou seja, para que o operador consiga produzir um discurso jurídico argumentativamente racional quando da colisão entre dois ou mais princípios, esse deverá sopesar o grau de interferência de um princípio sobre o outro escalonando conforme o enquadramento em grau, leve, médio ou grave.

Por exemplo, em um caso hipotético o movimento sem-terra ocupa um imóvel rural produtivo no interior do estado de São Paulo, colocando em conflito, nesse exemplo, os princípios constitucionais, quais seja, o da erradicação da pobreza e o da propriedade privada.

Nesse caso hipotético, poderia o julgador fazer o juízo de ponderação utilizando-se da proporcionalidade em sentido estrito da seguinte forma:

- Se optado pela prevalência do princípio da erradicação da pobreza poderíamos afirmar racionalmente que haveria um grau grave de interferência sobre o princípio da propriedade privada, visto que seria violada em sua máxima, retirando a propriedade do antigo proprietário para passar aos sem-terra sob o prisma do princípio da erradicação da pobreza.
- De outra forma, se optado pela prevalência do princípio da propriedade privada poderíamos afirmar racionalmente que haveria um grau leve de interferência sobre o princípio da erradicação da pobreza, pois além de haver outros meios mais adequados para a consecução do princípio da erradicação da pobreza, a manutenção dos sem-terra com a tomada da propriedade do imóvel rural não atingiria em sua máxima o princípio da erradicação da pobreza.

---

[21] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 288.
[22] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 133.

Impende destacar, por óbvio, que haveria grandes discussões acerca do tema, inclusive envolvendo outras normas jurídicas, no entanto, pretende o autor elucidar a questão de uma forma mais simples para uma melhor visualização da aplicação do juízo de ponderação. Nessa hipótese levantada, visto que a interferência do princípio da erradicação da pobreza seria extrema, ou seja, de grau máximo sobre o princípio da propriedade privada, poderíamos afirmar que a manutenção dos sem-terra sobre o imóvel rural não seria a solução racionalmente adequada, enquanto a manutenção da propriedade privada não teria tanto impacto no princípio da erradicação da pobreza.

Simioni critica a fórmula de peso de Robert Alexy, afirmando que ela faz transbordar a subjetividade do ponderador, porém cristalizando seu entendimento de uma forma mais transparente e criticável.

Além do grau de afetação, Alexy ainda diz haver uma condição de primazia entre princípios, o que pode fazer prevalecer determinado princípio em detrimento de outro. Isso somente é visível, segundo Alexy, sob a análise de cada ordem constitucional.

Por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil traz, não só como princípio, mas também como fundamento da ordem constitucional brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevando *prima facie* o referido princípio em detrimento de vários outros.

De outra forma, mesmo tratando os princípios como normas positivadas, Robert Alexy não retira a possibilidade de ponderação de princípios morais, visto que mesmo os princípios positivados possuem um caráter deontológico e axiológico, em consonância seu próprio entendimento de que os discursos jurídicos são espécie do discurso prático geral.

A lei da ponderação estabelece um metanível de observação em que para que um discurso jurídico seja argumentativamente racional deve igualar o grau de importância entre os princípios colidentes, razão pela qual eventuais condições de prevalência de um princípio sobre o outro hão de ser rigorosamente justificadas.

A racionalidade da ponderação permite um modelo de fundamentação racional, com a possibilidade de um controle crítico e de um controle lógico da decisão judicial. Assim, se de um lado, conforme critica Simioni, dá ao julgador um certo arbítrio para julgar, de outro, traça diretrizes procedimentais para que se tenha uma decisão jurídica argumentativamente racional, se acaso optar o julgador por utilizar sua teoria.

3. O HC 126.929/SP e a utilização equivocada da Teoria de Alexy

Observe que o cerne do problema do presente trabalho consiste na (in)adequação da utilização da teoria de Robert Alexy especificamente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede do *Habeas Corpus* 126.929/SP que entendeu pela possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Primeiramente, importante se faz destacar que o referido Ministro do Supremo Tribunal Federal defende a postura de vanguarda do Poder Judiciário em relação ao asseguramento dos direitos e garantias fundamentais constitucionais através de decisões fundamentadas na defesa desses direitos, deixando seu posicionamento firmado no artigo *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria*.

A sociedade contemporânea, segundo Barroso, é marcada pela heterogeneidade em um mundo fragmentado, onde paradoxalmente coexistem a fome, o terrorismo e a pobreza junto a uma redução da mortalidade infantil com o aumento da expectativa de vida. Diversos são os desafios nessa sociedade plural, com o aparecimento cada vez mais de casos que não tenham nenhum amparo legislativo, ou seja, *hard cases*, citando o autor alguns exemplos, dentre os quais destaco se poderia ou não a mulher utilizar-se do esperma de seu marido já falecido para sua fertilização.[23]

Exemplos de casos como esse acabam acarretando um desaparecimento do limite entre legislação e jurisdição, pois para solucionar um caso difícil (*hard case*) deve o magistrado construir lógica e de forma argumentativa sua decisão, mediante o uso da ponderação, de modo que ela só venha a ter legitimidade se convencido o auditório sobre sua justeza e correção. Isso não quer dizer que está o magistrado imbuído de uma discricionariedade judicial clássica, aonde, segundo Kelsen, a escolha do magistrado em um caso difícil, sem amparo legislativo, estaria sujeita a um ato político, ou seja, sem nenhuma fundamentação. Muito pelo contrário, conforme afirma o autor, a discricionariedade judicial estaria subordinada a valores morais e éticos constitucionalmente pré-estabelecidos que levariam o magistrado, mediante o uso da ponderação, a decidir conforme os princípios constitucionais norteadores. Estaria, portanto, o magistrado obrigado a decidir, de forma

[23] BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 25-52, 2015. p. 30-31.

correta e íntegra, não podendo contrariar a si mesmo (seus próprios precedentes) ou ignorar o sistema jurídico vigente.[24]

Por essa razão é que Barroso defende que o Poder Judiciário está embebido da função garantidora da ordem constitucional, envolvendo dois tipos de atuação, a contramajoritária e a representativa.[25]

Observe que no voto, objeto do presente estudo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma estar utilizando para fundamentar sua decisão a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, conforme se depreende pela leitura do voto, especialmente no trecho em equipara princípios à mandados de otimização, assim exarando:

> 20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam 'estados ideiais'. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no 'tudo ou nada', constituindo antes 'mandados de otimização', a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*.[26]

Identifica-se um equívoco já nesse trecho do julgado, ao nosso ver, quanto a identificação da proporcionalidade como princípio, visto que conforme anteriormente já evidenciado nesse trabalho, a proporcionalidade não seria um mandado de otimização, mas sim uma regra a ser aplicada impreterivelmente quando da existência de colisão entre princípios.

Ademais, ponto crucial para adequação do julgado à teoria desenvolvida por Robert Alexy, é a identificação dos princípios colidentes, o que, no julgado em debate, entende o Ministro Relator ser a presunção de inocência e a efetividade da lei penal. Primeiramente, o Ministro Relator não traz tanta justificação no entendimento de ser a presunção de inocência um princípio, limitando-se a afirmar que não haveria dúvidas de sua raiz principiológica.

No entanto, ao contrário do Ministro, temos dúvidas acerca da característica principiológica da presunção de inocência, ao menos em se comparando a referida norma jurídica ao conceito de princípios defendido por Alexy, visto que, ao nosso ver, a presunção de inocência não se trata de um mandado de otimização e sim de uma determinação

---

[24] BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 25-52, 2015. p. 32-33.
[25] Ibidem, p. 36.
[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Min. Rel. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

expressamente contida no inciso LVII, o artigo 5º, da Constituição Federal que assim determina:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Ressalte-se que o referido inciso constitucional não traça um objetivo à ser alcançado passível de sopesamento e sim uma regra à ser aplicada à todos os brasileiros e estrangeiros que aqui estiverem sendo investigados pelo suposto cometimento de um ilícito penal.

Como regra o referido inciso deve ser aplicado e pronto, podendo, para Alexy, ser invalidado mediante uma regra de exceção ou por uma regra especial ou posterior, razão pela qual o fundamento utilizado no referido acórdão de que o próprio artigo 283, do Código de Processo Penal haveria ponderado o inciso constitucional não merece prosperar.

Observe que o artigo 283 acima citado não constitui uma ponderação do inciso constitucional, objeto do HC aqui estudado, mas, sim uma regra de exceção, pois em seu próprio texto de Lei ele assim destaca:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

"Ninguém poderá ser preso senão..." já demonstra seu caráter excepcionalíssimo de admissão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, portanto, confirmando a tese de que o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal não se trata de um princípio e sim de uma regra jurídica.

Portanto, considerando que no caso concreto do *Habeas Corpus* 126.929/SP não haveria colisão entre princípios, visto tratar-se a presunção de inocência de uma regra no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a inadequação da utilização da teoria de Robert Alexy para a justificação do voto, tendo, desta forma, um discurso jurídico argumentativamente irracional do ponto de vista da teoria alexyana.

Considerações Finais

Muito se critica a teoria da argumentação jurídica e do juízo de ponderação defendido por Robert Alexy sob os auspícios de que a referida teoria daria um amplo espaço de subjetividade e arbitrariedade ao julgador. No entanto, entendemos que não é a teoria alexyana que concede arbitrariedade ao julgador, pois vimos nela uma forma lógica de argumentação jurídica racional em casos de colisão de princípios.

O que acontece frequentemente nos julgados arbitrários é que o próprio julgador tenta, equivocadamente encontrar em Robert Alexy, o fundamento para seu posicionamento jurídico em relação à determinado tema, porém utiliza-se de Alexy de forma inadequada sem conhecer minuciosamente a base de sua teoria, a começar pela diferenciação crucial entre regra e princípios.

Pode-se afirmar que se inexistente a teoria de Robert Alexy, estariam os julgadores fundamentando suas decisões em outros filósofos do direito, pois como utilizam as teorias de forma inadequada, qualquer referencial teórico poderia servir como base para justificar as razões de sua decisão.

Importante destacar que a teoria pós-positivista desenvolvida por Robert Alexy é de suma importância para a racionalidade argumentativa lógico-procedimental, não tendo a teoria emergido do nada. Robert Alexy, na verdade, tentou racionalizar um discurso jurídico que já estava em prática nas decisões exaradas pelo Tribunal Constitucional alemão, tendo sua teoria explicado a racionalidade existente sobre as decisões que já vinham sendo tomadas na corte suprema alemã.

Assim, tem-se na teoria da argumentação jurídica de Alexy não somente uma forma de esteio racional ao intérprete, mas também um modo de segurança aos jurisdicionados, visto que se corretamente seguida, os casos concretos passíveis de sopesamento ou arbitrariedade do julgador serão mínimos e terão uma decisão jurídica argumentativamente racional.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica***:* a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o voto da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015, p. 25-52.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 22 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Poder Executivo, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado aos 27 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Min. Rel. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Rel. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Eleitoral 060059280/MG**. Relator(a) Des. Marcelo Paulo Salgado, Acórdão de 03/05/2022. Publicado no(a) Diário de Justiça Eletrônico-TREMG 80, data 11/05/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporanea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

A LEITURA LITERÁRIA FAZ SENTIDO NA FACULDADE DE DIREITO? MACKLÊ – UMA EXPERIÊNCIA DE CLUBE DE LEITURA

CLAUDIA ROSENBERG ARATANGY

Mestranda em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Especialista em Gestão Estratégica e Econômica de Projetos da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Advogada.

GEISA DE ASSIS RODRIGUES

Professora Adjunta de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutora pelo Brazil Institute do Kings College. Doutora e Mestra em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora Regional da República da 3ª Região.

Não nos damos conta, de fato, de que a literatura e os saberes humanísticos, a cultura e a educação constituem o líquido amniótico ideal no qual podem se desenvolver vigorosamente as ideias de democracia, liberdade, justiça, laicidade, igualdade, direito à crítica, tolerância, solidariedade e bem comum.[1]

Resumo: O presente artigo pretende explorar o valor da literatura enquanto ferramenta para formar melhor os profissionais do Direito tanto nas habilidades de leitura, escrita e argumentação como, também, nas competências éticas, no desenvolvimento do pensamento criativo e crítico e na capacidade de compreender pontos de vista diferentes dos seus. Partir-se-á da discussão sobre os benefícios gerais da leitura de literatura, para, em seguida abordar a contribuição da leitura literária na formação jurídica. Em seguida será apresentado o funcionamento dos Clubes de Leitura em geral e, por final, se relatará a experiência do Macklê, clube de leitura da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, apresentando alguns de seus resultados.

Palavras-chave: Literatura. Clubes de Leitura. Ensino jurídico.

[1] ORDINE, Nuccio. **A utilidade do inútil**: um manifesto. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 35

Abstract: This article aims to explore the value of literature as a tool to better train law professionals in law skills, sucha as reading, writing and argumentation, as well as ethical skills, the development of creative and critical thinking and the ability to understand different points of view. It will start from the discussion about the general benefits of reading literature, to then address the contribution of literary reading in legal education. Next, we will present the functioning of the Book Clubs in general and, finally, the experience of *Macklê*, a book club of the Mackenzie Presbyterian University Law School, will be presented, also showing some of its results.

Keywords: Literature. Book Clubs. Legal education.

Introdução: por que ler é importante?

A pesquisa *Retratos da Leitura*[2], publicada em setembro de 2020, do Instituto Pró-Livro e Itaú Cultural revelou que 48% da população declara que não lê e 31% sequer comprou um livro na vida; a média de número de livros lidos no Brasil é de menos de 5 por ano. Isso, se somados aqueles lidos em partes (2,55) com os lidos integralmente (2,41). Comparados com os leitores franceses, por exemplo, que leem 21 livros por ano[3], não se pode dizer que o Brasil seja um país de leitores. Mas, por que a leitura de literatura é importante? Por que a leitura é especificamente importante para os futuros profissionais do Direito? O presente trabalho abordará, primeiramente, essas duas questões para, em seguida, descrever o que são os Clubes de Leitura a partir de pesquisa bibliográfica, explicar como esta estratégia contribui para formar melhores leitores[4] e profissionais de Direito críticos e éticos e ao final, expor brevemente a experiência do Macklê – clube de leitura da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie para finalizar com considerações a respeito da pertinência dos clubes de leitura nas graduações de direito.

[2] Pesquisa completa, disponível para baixar em: https://www.prolivro.org.br/5a-edicao-de-retratos-da-leitura-no-brasil-2/a-pesquisa-5a-edicao/. Acesso em 7 de set/ 2022.
[3] "Franceses leem 21 livros por ano, cinco vezes mais que brasileiros". Matéria publicada no site da RFI - rádio francesa de notícia. Disponível em http://br.rfi.fr/cultura/20190313-franceses-leem-21-livros-por-ano-cinco-vezes-mais-que-brasileiros Acesso em 7 de set/202.
[4] Pelo bem da fluidez do texto, optei por não utilizar linguagem inclusiva. Onde se lê "leitores", deve se compreender "leitores e leitoras", onde se lê "mediador", leia-se "mediador e mediadora" e assim sucessivamente.

No artigo "*What reading does for the mind*"[5], os autores apontam as consequências positivas da leitura:

> A leitura tem consequências cognitivas que se estendem além de sua tarefa imediata de retirar o significado de uma passagem em particular. Além disso, essas consequências são recíprocas e exponenciais por natureza. Ao longo do tempo - em espiral para cima ou para baixo - eles carregam implicações profundas para o desenvolvimento de uma ampla gama de capacidades cognitivas. (tradução própria).

Uma pesquisa na Universidade de Stanford analisou os impactos que a leitura de literatura pode ter no cérebro. Natalie Phillips, que lidera o estudo encontrou resultados surpreendentes. Em reportagem publicada na revista eletrônica *Stanford News*[6] sobre o estudo, a pesquisadora afirma que há "um aumento dramático e inesperado no fluxo sanguíneo para regiões do cérebro além daquelas responsáveis pela 'função executiva', áreas que normalmente seriam associadas a prestar muita atenção a uma tarefa, como a leitura" (tradução própria).

Phillips disse, ainda, que este aumento do fluxo sanguíneo durante uma leitura atenta sugere que "prestar atenção aos textos literários requer a coordenação de múltiplas funções cognitivas complexas".

Mas, ler - livros de literatura - continua sendo importante? Em tempos de internet, com as informações nas pontas dos dedos, acessíveis por um clique, qual sua relevância?

Um relatório norte-americano, publicado em 2007 pelo *National Endowment for the Arts* (Fundo Nacional para as Artes, em tradução própria), intitulado "*To Read or not to Read - A Question of National Consequence*"[7], destaca a importância da leitura em vários aspectos da vida - desde empregabilidade, até empatia. Em seu parágrafo final destaca como os impactos da leitura extrapolam as realizações na área de literatura:

> (...) as habilidades de leitura e os hábitos precoces de leitura de lazer podem ocupar a mesma relação com o progresso artístico, cultural e cívico que as habilidades da "ciência básica" tiveram com avanços tecnológicos.[...].
>
> Em uma era de especialização, as habilidades imaginativas e analíticas reveladas pela leitura podem alimentar um diálogo mais rápido entre as artes e as ciências.

---

[5] CUNNINGHAN, Anne E. e STANOVICH, Keith E. What Reading does for the mind. **Journal of Direct Instruction.** Vol. 1, n. 2, p. 137 -149. p. 137. Disponível no Google Scholar. Acesso em 7 set. 2022.

[6] "This is your brain on Jane Austen, and Stanford researchers are taking notes", por Corrie Goldman, no **Stanford Report**. Disponível em: https://news.stanford.edu/news/2012/september/austen-reading-fmri-090712.html. Acesso em: 7 de set. 2022.

[7] To read or not to read Question of National Consequence. Research report, publicado pelo **National Endowment for the Arts**, p. 91. Disponível em: https://www.arts.gov/sites/default/files/ToRead.pdf. Acesso em: 8 set. 2022.

> Como este relatório tentou mostrar, ler frequentemente e ler bem são pré-requisitos para realização em áreas muito além da literatura e alfabetização sozinhas. (tradução própria)

Autores renomados de literatura defendem, entre outras coisas, que a leitura literária tem um impacto que vai muito além do utilitário. A literatura, reflete não apenas nossa capacidade de pensar, mas, sobretudo, a de sonhar - que nos torna humanos. O escritor, Mario Vargas Lhosa, em seu discurso[8] ao receber o Prêmio Nobel de Literatura, proferiu as seguintes palavras:

> Um mundo sem literatura se transformaria num mundo sem desejos, sem ideais, sem desobediência, um mundo de autômatos privados daquilo que torna humano um ser humano: a capacidade de sair de si mesmo e de se transformar em outro, em outros, modelados pela argila dos nossos sonhos.

C.S. Lewis[9], autor de *As Crônicas de Nárnia,* destaca o poder da literatura de criar empatia, de fazer "calçar os sapatos do outro", mas sem perder a própria identidade

> A experiência literária cura a ferida, sem minar o privilégio, da individualidade. Há emoções imensas que curam a ferida; porém destroem o privilégio .... Mas, ao ler boa literatura, me torno mil homens e, no entanto, permaneço eu mesmo .... Aqui, como na adoração, no amor, na ação moral e no conhecimento, eu me transcendo; e nunca sou mais eu mesmo do que quando leio.

Antônio Cândido[10], sociólogo, crítico literário e professor brasileiro, defende a literatura enquanto direito humano, necessidade básica da existência, pois somos seres que precisamos fabular para organizar o entendimento da própria vida:

> Literatura não se reduz à tecnologia do alfabeto, por assim dizer; antes ela remete ao ato de conferir sentido ao caos do dia a dia por meio da fabulação, ou seja, através da narrativização das coisas. As palavras, aqui, valem porque pesam em todos os registros – da anedota à epopeia, do provérbio ao romance, da oralidade à escrita. Nesse sentido, e sem exagero algum, o "direito à literatura" pode – no fundo, deve – ser considerado tão básico quanto o direito à existência. Não é apenas o exame que justifica uma vida, mas também a habilidade em traduzir o universo em palavras próprias.

---

[8] "Veja a íntegra do discurso de Mario Vargas Llosa em Estocolmo", notícia publicada no portal do **Estadão**. Disponível em: https://cultura.estadao.com.br/noticias/literatura,veja-a-integra-do-discurso-de-mario-vargas-llosa-em-estocolmo,651327 Acesso em: 8 set. 2022.
[9] LEWIS, Clive S. An Experiment in Criticism. **Cambridge University Press**, 1995, p. 141.
[10] CÂNDIDO, Antônio. **Vários escritos**. a. 4. São Paulo: Ouro Sobre Azul; Rio de Janeiro: Duas Cidades, 2004.

Bernice Cullinan, da Universidade de Nova Iorque, em publicação de 2000[11] destaca que o alcance da leitura individual, feita de forma voluntária pelo simples prazer de ler não beneficia apenas aqueles que leem, mas, também, colabora para a própria existência da democracia:

> Os indivíduos leem para viver a vida ao máximo, para ganhar a vida, para entender o que está acontecendo no mundo e se beneficiar do conhecimento acumulado da civilização. Até os benefícios da democracia e a capacidade de governar a nós mesmos com sucesso dependem da leitura. (Tradução própria)

Ler também altera nossas estruturas cognitivas. Antônio Cândido afirma que isso se deve ao fato de a literatura não ser meramente conteúdo, mas, justamente, articulação entre forma e conteúdo. A organização da linguagem, a escolha estética das palavras a organização poética do discurso, permitem aceder a estruturas do pensamento, reorganizar ideias:

> [...] quando elabora, uma estrutura, o poeta ou narrador nos propõem um modelo de coerência, gerado pela força da palavra organizada. Se fosse possível abstrair o sentido e pensar nas palavras como tijolos de uma construção, eu diria que esses tijolos representam um modo de organizar matéria, e que enquanto organização eles exercem papel ordenador sobre a nossa mente. Quer percebamos claramente ou não, o caráter de coisa organizada da obra literária torna-se um fator que nos deixa mais capazes de ordenar a nossa própria mente e sentimentos; e, em consequência, mais capazes de organizar a visão que temos de mundo

O especialista em Linguística, Antonio Pietroforte[12], em ensaio no qual compara o discurso supostamente objetivo do universo jurídico com o discurso poético, alega que o segundo, por utilizar figuras de linguagem, consegue revelar complexidades que residem entre quem faz as leis e aqueles atingidos por ela.

As aproximações (e distanciamentos) entre direito e literatura têm muitas facetas – na próxima seção abordaremos algumas delas.

---

[11] CULLINAN, Bernice E., Independent Reading and School Achievement. **American Association of School Librarians' School Library Media Research**, v. 3, p. 1, 2000. Disponível em: http://www.ala.org/aasl/sites/ala.org.aasl/files/content/aaslpubsandjournals/slr/vol3/SLMR_IndependentReading_V3.pdf. Acesso em 21 set. 2022.

[12] PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. O discurso jurídico através do discurso poético. **Revista Em Tempo.** [S.l.], v. 4, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/118. Acesso em: 9 set. 2022.

1. Ler textos literários e aprender direito – conexões

O diálogo entre direito e literatura é uma conversa antiga que se iniciou ainda no começo do século passado, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa[13]. Magris[14] relembra que os Irmãos Grimm, por exemplo, conhecidos por reunir histórias orais na Alemanha, além de escritores e filólogos, eram juristas e "recolhendo suas famosas fábulas, pretendiam salvar a grande herança da "boa e velha lei".

De modo geral, costuma-se pensar na articulação destes dois campos de conhecimento em três dimensões:

> (...) o direito **da** literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo; em um segundo momento, tem-se o direito **como** literatura, oportunidade em que a investigação gira em torno da análise retórica e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos; por último, o direito **na** literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder – por exemplo, nos textos literários e não nos manuais jurídicos ou diários oficiais[15]

Dessas dimensões, a que mais se aproxima do entendimento do presente estudo é a segunda – direito como literatura –, em que se compara as formas de interpretação. Aqui, entretanto, a proposta não é se restringir a um método, mas considerar o poder da leitura literária e do clube de leitura na formação de competências gerais[i] dos futuros operadores do direito.

As graduações, em geral, não contemplam a leitura de literatura e formação mais crítica e reflexiva que advém dela. Apenas a título de exemplo, um dos grandes problemas que se pode encontrar no mundo jurídico, reflexo disto, é que, em diversos atos, há um extremo esmero em se observar o fiel cumprimento da legalidade, ainda que isso implique desprezar os ideais de Justiça. Ou seja, há uma incapacidade de se enxergar além das letras, do literal. O estudante de Direito deveria ser formado de modo a compreender que o formalismo – a preocupação com a forma – não deve se sobrepor à interpretação de princípios. Hoje, o que temos no judiciário, por exemplo é que:

---

[13] RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. **Revista de informação legislativa,** Brasília a. 49, n. 196, p. 297-309, out./dez. 2012.
[14] MAGRIS, Claudio. Los poetas y los legisladores**. La nacion**, Madrid, 12 marzo 2006. Disponível em: http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y--los-legisladores. Acesso em 9 set. 2022.
[15] OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. **Doxa: cuadernos de la Filosofia del Derecho**, n. 29, p. 333-348, 2006. Disponível em: https://doxa.ua.es/article/view/2006-n29-el-reflejo-del-derecho-en-la-literatura. Acesso em: 9 set 2022.

> Os juízes são desencorajados consistentemente a fazer experimentos para a adaptação criativa das leis antiquadas aos problemas que devem resolver diariamente. A herança da filosofia positivista de direito não permitiu uma evolução, e o resultado é um formalismo estulto que força os fatos da vida para dentro das categorias legais obsoletas ou simplesmente empurram os fatos da vida para fora dos tribunais.[16]

Para jovens, que irão se tornar profissionais do Direito, além das vantagens óbvias, como uma melhor capacidade de escrever, maior compreensão do que se lê e o aprimoramento da habilidade de argumentar, somam-se todas às mudanças que a leitura de literatura provoca e que foram citadas nos parágrafos anteriores: empatia ou capacidade de se colocar no lugar do outro, humanização, conhecimento de mundo, imaginação, inventividade.

A literatura embute valores e provoca reflexões. As narrativas literárias, ainda que não sejam explicitamente sobre problemas jurídicos, são sempre sobre questões humanas. Podem trazer dilemas éticos em abordagens não maniqueístas. Mais uma vez, citando Antônio Cândido[17]:

> Os valores que a sociedade preconiza, ou os que considera prejudiciais, estão presentes nas diversas manifestações da ficção, da poesia, da ação dramática. A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas.

Deste modo, para o profissional que irá lidar cotidianamente com conflitos, com pretensões e a resistência às pretensões, seja no papel do defensor, do conciliador, do julgador ou do promotor, a leitura de literatura é, a um só tempo, formativa e ferramenta. Favorece uma formação mais humana e criativa, dá ferramentas para uma leitura de mundo mais abrangente, como afirmam Nunes e Oliveira[18]:

> A aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura, a qual pede tempo ao ler. A literatura exige cuidado, porque busca superar as limitações de sentido comum teórico e mesmo as limitações dadas pelos sentidos convencionais da língua.

---

[16] MÉNDEZ, Juan E. Reforma institucional, inclusive acesso à justiça: introdução. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça**: o não-estado de direito na América Latina. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 244.
[17] CÂNDIDO, Antônio. **Vários escritos**. a. 4. São Paulo: Ouro sobre Azul; Rio de Janeiro: Duas Cidades, 2004.
[18] OLIVEIRA, Mara C. V. e NUNES Flávio F**.** Discursos jurídico e literário na formação do leitor universitário: estética, técnica e conhecimento. **Plataforma Publica Direito**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=85da0ea73f51b181. Acesso em: 8 set. 2022.

A leitura literária torna-se ainda mais potente na formação dos juristas quando é feita coletivamente, com a construção colaborativa de interpretações, como ocorre nos clubes de leitura.

2. Clubes de leitura – ler e compartilhar

Clubes de leitura são encontros periódicos de pessoas que leem um mesmo livro e reúnem-se para discuti-lo, geralmente com a mediação de um leitor mais experiente que conduz a conversa. Não são uma prática nova. Segundo reportagem da jornalista Úrsula Passos, da Folha de São Paulo[19], as origens remontam ao Século XVIII, nos Estados Unidos. Em 1727, por exemplo, o americano Benjamin Franklin, criou o *Junto Club* encontros em que doze homens se reuniam para discutir moral, política e filosofia. O clube durou 38 anos[20].

Há clubes de leitura espalhados por todo o mundo, organizados de forma muito semelhante à descrita. No Brasil, os clubes de leitura ganharam força quando, em 2010, a Companhia das Letras associou-se à editora inglesa *Penguin*, que já promovia os clubes na Inglaterra e outros lugares do mundo. A partir daí, os clubes da Companhia foram instituídos em livrarias e clubes sociais/desportivos, entre outros espaços[21].

Para Janine Durand, responsável pela implantação dos clubes da Companhia das Letras, o propósito dos clubes é

> (1) promover a democratização do acesso à leitura; (2) contribuir para a formação de um público leitor, crítico e criativo; (3) incentivar o debate, interação e a socialização do conhecimento; (4)formar mediadores de leitura e autonomizar os clubes após um período de incubação (de duração variável, a depender da dinâmica do grupo); (5) ampliar o tempo de leitura e o repertório dos participantes, além de incentivar o desenvolvimento do prazer pela experiência de leitura.[22]

Embora a democratização do acesso à leitura seja fundamental e benéfica para todos, iremos nos deter nos propósitos 2, 3 e 5 destacando três aspectos novos que a vivência de um clube traz à leitura: I. a mediação, concretizada nas ações do mediador, II. uma dimensão

[19] "Clubes de leitura atraem cada vez mais os que querem manter o hábito de ler". Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/08/1908987-clubes-de-leitura-atraem-cada-vez-mais-os-que-querem-manter-o-habito-de-ler.shtml. Acesso em 9 de set. 2022.

[20] "Junto Club". Publicado no portal da **Benjamin Franklin Historical Society**. Disponível em http://www.benjamin-franklin-history.org/junto-club/Acesso em 9 de set. 2022.

[21] "Institucional" – página sobre os clubes de leitura no site da Companhia das Letras. Disponível em: https://www.companhiadasletras.com.br/sobre.php Acesso em 9 de set. 2022.

[22] "Clubes de leitura formação e bibliodiversidade". Portal da **Publish News.** Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2014/08/26/78429-clubes-de-leitura-formacao-de-leitores-e-bibliodiversidade. Acesso em 7 de set. 2022.

coletiva e colaborativa para o ato de ler, III fundamentação do gosto pessoal, sobre os quais iremos nos debruçar brevemente a seguir.

2.1. Mediação – construir pontes

O mediador de leitura é alguém que precisa gostar de livros e de pessoas, pois fará a ligação entre eles. Da curadoria – compartilhada em maior o menor grau com o grupo, à escuta atenta do grupo, o mediador é :

> Tal qual um chef de cozinha, o mediador de leitura deve ser curioso e receptivo aos novos aromas e sabores: o estímulo à experimentação literária deve ser uma de suas características marcantes. E também cultivar a tranquilidade de um jardineiro que sabe que a semente da leitura, em seu devido tempo, dará frutos. E que esta semente tem o hábito curioso de germinar nos mais improváveis e variados solos; e o imaginário do ser humano é um campo fértil para esse plantio.
>
> Por isso, estimular e motivar o hábito da leitura deve ser o principal objetivo do mediador de leitura a partir do próprio exemplo: sendo um leitor e assumindo para si o papel de facilitador, buscando agregar pessoas em torno dos livros e da leitura. O interesse genuíno por histórias e pessoas deve ser os pilares de seu trabalho, porque é sobre isso que e a literatura trata: pessoas que escrevem sobre pessoas para outras pessoas lerem.[23]

Cabe a ele estar atento ao grupo para construir com eles um percurso comum de leituras que seja significativo para todos. Deve buscar ampliar o repertório de gêneros, temas autores, origens geográficas, épocas. Os leitores devem ser desafiados a fazer leituras que não fariam por conta própria – por isso também é importante conhecer o grupos – para lidar com sua heterogeneidade e diversidade como força motriz, não como obstáculo – na promoção de trocas, que serão mais bem detalhadas a seguir.

O mediador faz a gestão da palavra, cuidando para que esta circule e todos possam ouvir e ser ouvidos. Prepara perguntas que provoquem reflexões e possam gerar respostas múltiplas. Fica atento para que todos se sintam à vontade para falar sobre suas impressões ou para argumentar em torno de suas interpretações a respeito do que foi lido. Não há interpretações certas ou erradas, mais, ou menos, valiosas. Nas controvérsias que surgem, o mediador e o grupo buscam juntos, no próprio texto, indícios que sustentem as diferentes ideias. Um bom livro, dá margem a muitas interpretações e o mediador ajuda a trazê-las à superfície, a estabelecer relações com outras obras lidas, a comparar com livros do mesmo

[23] VIEIRA, Júnia Cristina Vaz e ACCORSI, Ana Maria Bueno. O papel do mediador na formação literária dos participantes de clubes de leitura. **Letras e ideias**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 81–96, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/letraseideias/article/view/28270. Acesso em: 7 set. 2022.

gênero ou do mesmo autor. O mediador faz pontes para criar um rede de sentidos que é tecida coletivamente.

Um mediador que faça um bom trabalho deixará de ser necessário depois de algum tempo, quando o próprio grupo poderá fazer sua autogestão.

2.2. Colaboração na construção dos sentidos

O fato de ser "um clube", compromete cada um com a leitura – deve-se ler não porque um professor quer, porque haverá uma nota, ou um "trabalho", mas porque um grupo de pessoas espera que cada um leia e possa trazer suas contribuições. Isso gera um outro tipo de obrigação, de compromisso. A leitura de cada um é importante para todos.

É um espaço democrático, horizontal em que todos têm voz, sem hierarquia. Escutar é tão ou mais importante do que falar e, a grande riqueza está no fato de – ainda que sejam pessoas de um mesmo lugar ou estrato social (uma faculdade, uma livraria, um clube social), cada pessoa tem suas próprias histórias e experiências de vida para atribuir sentidos únicos à sua leitura.

É muito comum que ao final de um encontro do clube os participantes mudem de opinião ou decidam reler o livro para compreendê-lo a partir de outros enfoques, que foram compartilhados ao longo da discussão. Presenciei situações em que os leitores começavam dizendo que não haviam gostado da história ou da forma como o texto era escrito e, ao final, reconheciam que as colocações dos demais haviam feito com que mudassem de ideia e se dispunham a reler com outros olhos.

2.3. Gosto se discute?

Manifestações como "gostei" ou "não gostei", por sinal, são parte da discussão. Nos primeiros encontros de um clube, quando os leitores ainda não estão habituados a este tipo de conversa, são bem comuns. Mas, ao contrário do dito popular "gosto não se discute", nos clubes gosto se discute sim – com argumentos, com lastro, com discurso coerente. Sobretudo porque o que pode fazer todos e cada um do clube de leitura evoluir enquanto leitor é a elaboração cada vez mais sofisticada e ancorada no texto, das razões pelas quais se gosta ou não de uma obra. Ao ouvir e compartilhar essas elaborações, além de conhecer os muitos ângulos pelos quais uma obra pode ser lida, também é possível aprender como articular a opinião com um *fato* – o próprio texto.

Agora, depois de apresentados os fundamentos que norteiam os clubes de leitura e seu funcionamento, passaremos a expor a experiência desenvolvida na graduação de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

3. Macklê – um clube de leitura na Faculdade de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

O Macklê foi criado em agosto de 2017 por iniciativa das autoras deste trabalho, particularmente de Geisa Rodrigues, que foi quem viabilizou, junto à direção da Faculdade, a possibilidade de utilizar uma sala de aula, uma vez por mês, por uma hora, para os encontro e foi suspensa em 2020 por causa da pandemia da Covid-19.

Foram convidados todos os alunos da Faculdade – por meio dos grupos de WhatsApp dos representantes de turma e, pessoalmente, pela professora Geisa. O intuito era formar uma turma de 20 alunos. O grupo se formou e, a partir de então, os encontros aconteciam mensalmente durante o semestre letivo. O quórum variava – no início do semestre era maior – chegou a ter mais de vinte e, nas épocas de prova diminuía – chegando a ter cinco ou seis pessoas apenas. Alguns integrantes estavam desde o início, outros entraram ao longo dos semestres. Foi criado um grupo no Facebook em que constava o calendário dos encontros, referências aos livros que seriam lidos e no qual os participantes podiam se manifestar a respeito das leituras.

A mediação era conduzida por Claudia, que já tinha experiência como mediadora em outros espaços acadêmicos, em parceria com a professora Geisa, com quem preparava alguns pontos para debate antes do encontro.

Buscou-se a diversidade de gêneros literários, de nacionalidade e de temáticas. Os livros selecionados foram desde histórias em quadrinhos (para adultos), até manifestos, passando por contos, romances, teatro entre outros. A título de exemplo, segue alguns dos livros lidos, suas características e temas, além de alguns tópicos discutidos nos encontros.

- *Maus*, de Art Spiegelman[24]. É uma *graphic novel*[25]I de um autor estadunidense que narra duas histórias paralelamente – a do próprio escritor, autobiográfica, e a de seu pai, que viveu a Segunda Guerra, quando ele e sua família de origem judaica

[24] SPIEGELMAN, Art. **Maus**. São Paulo: Quadrinhos na Cia, 2005.
[25] Este termo não tem tradução em português. Costuma ser traduzido como “história em quadrinhos”, mas é uma tradução imprecisa. “Romance gráfico” talvez fosse mais adequado, considerando seu tamanho, densidade e público ao qual é destinado.

foram perseguidos, estiveram em campos de concentração, onde alguns foram mortos. Os nazistas são retratados como gatos, os judeus como ratos (*maus*, do título, significa "rato" em alemão) e os americanos como cachorros. As ilustrações são em preto e branco e a falta de cores dá à obra um tom sombrio e perturbador, relacionado aos sentimentos que as histórias sobre o Holocausto ainda provocam. O livro propiciou discussões sobre as visões subjetivas de eventos como a guerra, a vida nos campos de concentração, assim como sobre a natureza do mal e as incoerências e complexidades do ser humano – o pai do narrador, vítima de discriminação é apresentado como um homem preconceituoso e mesquinho.

- *A Balada de Adam Henry*, de Ian McEwan[26]. O autor britânico, inspirado em um caso real, narra a história de uma juíza que precisa decidir a respeito da transfusão de sangue para um jovem religioso que está com a vida em risco, e cujos pais não querem permitir o procedimento por conta de suas crenças. Embora o tema gire em torno de um processo judicial, a o foco narrativa trata dos conflitos internos que vive a magistrada – suas reflexões e sentimentos são compartilhados com o leitor. O encontro em que este livro foi abordado, levou o grupo a pensar em como, muitas vezes, guiar ações pela ética não é tão simples como pode parecer, em especial quando há valores fundamentais em jogo.

- *Sociedade da Neve*, de Pablo Vierci[27]. O autor é um jornalista que deveria ter embarcado no voo que levaria um grupo de jogadores de rúgbi do Uruguai para o Chile e que caiu no meio da Cordilheira dos Andes. O livro alterna entre o relato cronológico do dia do acidente até o momento em que os sobreviventes foram encontrados depois de mais de 70 dias e o depoimento, em primeira pessoa, de cada um dos 16 sobreviventes, trinta anos depois do ocorrido. Cada uma dessas vozes traz uma perspectiva diferente da experiência e do modo como ela impactou para sempre sua(s) vida(s). São várias histórias em uma que levam o leitor a compartilhar a fome, o luto, a tristeza, a dor, mas também o apego a vida, a esperança, a solidariedade, o companheirismo, sentidos pelos protagonistas. O livro rendeu muita conversas: falou-se sobre as características dessa peculiar sociedade que se formou no meio da neve ao longo de mais de 70 dias, das semelhanças e particularidades das percepções

[26] McEWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Ed. Kindle.
[27] VIERCI, Pablo. **A sociedade da neve**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

que cada um dos sobreviventes teve e de como carregaram a experiência para o resto de suas vidas.

- *Três vezes ao amanhecer,* de Alessandro Baricco[28]. O escritor italiano desafia os leitores nesta novela curta, mas densa, na qual três histórias se entrelaçam em um tempo não cronológico, que só pode existir no mundo literário. A construção dos personagens também escapa à lógica descritiva, mais óbvia: são delineados por meio do discurso direto, em diálogos longos nos quais a voz narrativa mistura-se com a deles, já que não há os marcadores como dois pontos e travessão, aspas ou a enunciação ("disse ele", "falou Fulana"). Esta leitura convidou o grupo a pensar sobre o rompimento de certos cânones da literatura e sobre a possibilidade de se pensar de maneira menos linear.

- *Sejamos todos feministas,* de Chimamanda Ngozi Adichie[29]. Esta publicação é transcrição de um discurso que a autoria nigeriana fez numa conferência TED. Ela questiona a persistente desigualdade entre os gêneros e conclama a todos a educar filhos e filhas buscando mudanças. Patriarcado, machismo e feminismo foram tratados na conversa tanto no contexto acadêmico – como ao se notar que há muito menos professoras do que professores na graduação de Direito, como no próprio Poder Judiciário, onde, além de as mulheres ainda estarem sub representadas, as decisões ainda reproduzem a lógica machista.

- *O sol é para todos,* de Harper Lee[30]. Este clássico da literatura estadunidense foi premiado em 1961 com o Pulitzer. A história é uma ficção com passagens autobiográficas, tem como protagonista um advogado que, em 1932, enfrenta um caso emblemático no tribunal de justiça de uma pequena cidade do Alabama. A narradora é uma menina de 10 anos que relata diferentes situações de sua infância com um olhar inocente, porém sagaz e aguçado, que passa ao leitor a visão crítica da sociedade onde está inserida. O livro trata de temas complexos numa linguagem fluída. Por ser a narrativa de uma menina, a autora deixa ao leitor a incumbência de deduzir aquilo que a personagem ainda não é capaz de entender, pois é criança. Isso é uma sofisticação que obriga a entender o não dito, não escrito, não explícito. Mesmo sendo um livro que abarca um julgamento, os temas abordados na discussão apenas

[28] BARICCO, Alessandro. **Três vezes ao amanhecer**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
[29] ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
[30] LEE, Harper**. O sol é para todos**. Tradução de Beatriz Horta. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

perpassaram as questões jurídicas, atendo-se muito mais às entrelinhas – ética, convenções, preconceito, discriminação e racismo que perpassam toda a narrativa, não de forma panfletária. A contemporaneidade e a universalidade destes temas também foram enfocadas.

- *Como curar um fanático,* de Amos Oz[31]. É uma coletânea de três discursos do israelense que faz reflexões profundas, mas bem-humoradas, sobre a chamada questão palestina. O autor lança mão de metáforas para colocar os leitores a par da situação nos territórios palestinos e em Israel que fazem mais do que compreender o que se passa. Oz coloca o leitor nos sapatos de uns e de outros, fazendo-os sentir o que como esses históricos inimigos. É um exercício que permitiu a grupo do Macklê dar-se conta de como determinadas controvérsias não têm soluções boas – apenas soluções possíveis, dada sua complexidade.

- *O mercador de Veneza,* de Willian Shakespeare[32]. Este além de ser um clássico, escrito há mais de 400 anos, é uma peça de teatro que tem como eixo condutor a discussão em torno de uma dívida, que é levada ao tribunal. Ler uma peça de teatro obriga o leitor a construir a narrativa para compreender o enredo – já que não há um narrador a conduzir a trama. O fato de se passar em tempo tão longínquo, leva a reflexões sobre permanência e rupturas de modos de pensar e de agir apresentados no texto. Nosso grupo, além de notar essas características, também soube apreciar a linguagem, a construção sofisticada do discurso e as polêmicas acerca de Shylock, o Mercador do título, que é retratado pelo inglês de maneira que hoje, pode-se chamar de discriminatória. Outro ponto também digno de nota para o grupo foram as artimanhas de Porcia, perante o tribunal – seu modo de agir sem fazer apelos emocionais, mas ater-se à letra fria da lei para conseguir seus propósitos.

Como se vê, as discussões foram de aspectos literários – como os eixos narrativos ou a descrição dos personagens, até pontos mais temáticos – como questões éticas, racismo, machismo, sempre fazendo conexões com fatos atuais ou pessoais. Nós, as mediadoras, além de fazer a curadoria dos livros, cuidamos de trazer perguntas, propor reflexões e trazer à luz pontos que tenham passado despercebido, fomentando a discussão. Não há certo nem errado. Não vale pontos ou horas complementares – os integrantes estão ali pelo prazer de ler e de

[31] OZ, Amós. **Como curar um fanático**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
[32] SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Porto Alegre: Coleção L&PM Pocket. L&PM, 2007.

compartilhar suas ideias. Nesses encontros, não só se tornaram leitores mais competentes em relação às habilidades de ler e compreender, mas, também, aprenderam a ouvir interpretações diferentes das suas, a relativizar os pontos de vista, a ampliar seu olhar sobre as obras, sempre num clima de respeito e tolerância.

A experiência, foi interrompida na pandemia, mas alguns dos participantes mais assíduos fizeram um testemunho, por escrito, sobre a experiência no Macklê, a partir das seguintes questões:

- Qual a diferença entre ler sozinho e ler para o Clube de leitura?
- Em que você acha que ler literatura contribui para sua formação em direito? E participar do clube?

Seguem trechos das respostas de cinco integrantes, que dão um pouco da dimensão dos efeitos do Macklê:

> Ler para o clube de leitura faz com que eu estabeleça um compromisso comigo mesma e com os demais participantes do clube de concluir a leitura do título proposto para nossa reunião, na qual ele será discutido.
>
> Isso faz com que eu crie uma rotina e até mesmo dê prioridade para a leitura. (..). Ler literatura durante a faculdade me fez sair da "bolha" jurídica que os alunos de direito costumam entrar, por me fazer lembrar de quanta riqueza há nela, no mundo, e não só no ecossistema que construímos e vivemos do direito; era um resgate ao mundo exterior e à humildade. Ademais, serviu como uma válvula de escape diante das tensões experimentadas durante o último ano da faculdade. (...)Ademais, outro fator que me faz querer continuar no clube é a seleção de títulos, os quais eu jamais leria: nesse ano que fiz parte, eu teria lido um ou dois livros por conta própria, uma vez que os demais não se enquadrariam no meu estilo. (Paula Pires, 9º e 10º semestres)
>
> Ler para o clube de leitura é, de certa forma, mais marcante em relação a ler sozinho, pois não somente lemos e guardamos em nossa mente a experiência da leitura, trocamos impressões e experiências, contribuindo para aprimorar e discutir as impressões da obra de forma coletiva.
>
> Contribui para minha formação em direito, porque ler é uma atividade constante no Direito. Utilizando minhas horas de lazer para ler um livro, fora da área jurídica, me ajuda a aprimorar principalmente minha capacidade interpretativa. Além disso, por literatura ser enriquecedor, contribui para uma melhor análise dos diversos textos que temos que ler para a faculdade.
>
> Como sempre gostei muito de ler, sentia vontade de conversar e trocar impressões sobre leituras que faço. O clube de leitura ajudou a suprir essa vontade, possibilitando a troca de impressões e análises sobre diversas obras de forma coletiva. (Marcelo D'Ávila, 4º e 5º semestres)
>
> Ler para o Clube de Leitura me faz descobrir leituras novas, ler coisas diferentes das que eu escolheria sozinha, me faz conhecer e aprender sobre livros e coisas além do meu universo. Ouvir o que outras pessoas sentiram ou entenderam do livro na maioria das vezes me faz enxergar coisas que sozinha talvez eu não perceberia. Sem

> falar do compromisso e da vontade de querer ter lido o livro até a data do encontro para poder aproveitá-lo mais, o que consequentemente me faz ler mais também.
>
> Ler literatura contribui para minha formação em direito porque me ajuda a ler e escrever melhor, como também a interpretar e aumentar a minha sensibilidade para diferentes situações, o que é fundamental para um advogado.
>
> Participar do clube colabora para o meu aprendizado quanto ao relacionamento com pessoas diferentes, talvez com visões de mundo diferentes das minhas, me ajudando a enxergar um tipo de situação de diferentes formas, o que também é fundamental para um advogado, que deve estar sempre atento às diversas interpretações. (Thais Nagalli, 4º e 5º semestre)
>
> Considero que, apesar de lúdica, a leitura para o clube de leitura difere da individual na questão de se prestar mais atenção aos detalhes que podem ser discutidos em grupo, passagens que talvez não sejam relevantes em caráter individual, possam ser de suma importância para o debate em grupo. Acredito que a literatura contribui para minha formação em direito pois o hábito da leitura permite que tenhamos raciocínio mais abrangente, amplia a visão de mundo, e com isso podemos pensar de formas diferentes diante dos dilemas jurídicos a que somos apresentados. Participar do clube de leitura, para mim, colabora no sentido de enxergar e respeitar a visão do outro, verificar que diante da mesma situação pode se ter um olhar diferente, criando empatia ao perceber que não há respostas certas ou erradas, apenas opiniões diversas sobre o mesmo assunto, e que essa riqueza de informações ajuda não só o indivíduo, mas o grupo, a chegar a conclusões mais colaborativas. (Gislene Arantes da Costa, 7º ao 10º semestre)
>
> Logo de cara, a coisa boa de ler para o clube de leitura é o fato de te levar para fora da sua zona de conforto. Quando se lê sozinho, fica mais difícil de arriscar a leitura de um tema que não encha seus olhos, mas o clube contribui muito para essa desconstrução. Ainda, poder discutir sobre o livro com outras pessoas te faz enxergar a história por diversas perspectivas, trazendo a possibilidade de extrair muito mais da obra.
>
> A leitura de literatura ajuda tanto na fala quanto na escrita, sendo esses dois elementos essenciais para um bom profissional, seja como advogado ou qualquer outra profissão do mundo jurídico. A participação no clube colabora com a desconstrução de muitos pensamentos conservadores que rodeiam minha vida. Nunca vou esquecer que a primeira coisa que me falaram quando contei que iria participar do clube foi que participar de um clube de leitura "é coisa de viado". Hoje, eu sou primeiro a ser procurado por meus amigos quando querem dicas sobre livros. (Marcelo Figueiredo Paes Filho, 7º ao 9º semestre)

Como se pode constatar pelos testemunhos colhidos, foi uma experiência marcante para todos. Interrompida pela pandemia, não foi retomada quando as aulas presenciais voltaram pois,

além da graduação de boa parte dos alunos participantes e de Claudia, a monitora mais experiente, foram muitos os desafios apresentados à pandemia à atividade docente pela pandemia. Contudo há planos de retomada da atividade para 2023.

De todo o modo, os participantes levarão consigo as aprendizagens construídas neste período para sua vida profissional e pessoal.

Considerações Finais

A leitura de literatura vai muito além do divertimento, do lazer. É um campo vasto, que informa e forma simultaneamente. Para o estudante de Direito em formação, ampliar os horizontes para além do conhecimento dogmático, da leitura de códigos ou **doutrina** (notem este nome) e ingressar no universo literário, repleto de ambiguidades, de dilemas, de belezas e temores é, sem dúvida, uma oportunidade ímpar - mais que isso, é uma necessidade. Na graduação somos muitas vezes levados a acreditar (embora desconfiemos) que os fenômenos sociais, os conflitos, os problemas, podem ser subsumidos em artigos de lei, explicados a partir de padrões fixos, resolvidos por meio de procedimentos repetitivos. Mas, parafraseando Nelson Rodrigues, ao nos depararmos com a "vida como ela é", em toda a sua complexidade, estaremos perdidos se não formos capazes de imaginar, pensar de forma não canônica, enxergar a partir de diferentes pontos de vista, criar. Tudo que uma boa leitura literária é capaz de ajudar a construir e a sedimentar.

Ler, nos torna melhores leitores, e pode, também, nos tornar melhores seres humanos. Para isso, a leitura compartilhada, discutida e mediada é o caminho mais adequado – pois permite que a diversificação dos pontos de vista, a legitimação da experiência própria e da alheia em face do texto, o exercício da alteridade, a construção da argumentação respeitosa e pautada em conhecimentos. Assim, os clubes de leitura são um espaço privilegiado não só para o desenvolvimento de competências profissionais, mas, sobretudo, de competências para a vida.

As graduações de Direito (mas não só), bem podem criar e valorizar espaços como esse. Não requer muito – alguns leitores apaixonados, um espaço em que se possa sentar em roda, e traz resultados consistentes, permanentes e significativos.

Bibliografia

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BARICCO, Alessandro. **Três vezes ao amanhecer**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

CÂNDIDO, Antônio. **Vários escritos**. a. 4. São Paulo: Ouro sobre Azul; Rio de Janeiro: Duas Cidades, 2004.

"Clubes de leitura formação e bibliodiversidade". **Publish News**. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2014/08/26/78429-clubes-de-leitura-formacao-de-leitores-e-bibliodiversidade. Acesso em: 07 set. 2022.

"Clubes de leitura atraem cada vez mais os que querem manter o hábito de ler". Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/08/1908987-clubes-de-leitura-atraem-cada-vez-mais-os-que-querem-manter-o-habito-de-ler.shtml. Acesso em: 09 set. 2022.

CULLINAN, Bernice E., Independent Reading and School Achievement. **American Association of School Librarians' School Library Media Research**, v. 3, p. 1, 2000. Disponível em: http://www.ala.org/aasl/sites/ala.org.aasl/files/content/aaslpubsandjournals/slr/vol3/SLMR_IndependentReading_V3.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

CUNNINGHAN, Anne E. e STANOVICH, Keith E. What Reading does for the mind. **Journal of Direct Instruction**, v. 1, n. 2, p. 137 -149. p. 137. Disponível no Google Scholar. Acesso em 7 set. 2022.

"Franceses leem 21 livros por ano, cinco vezes mais que brasileiros". Matéria publicada no site da RFI - rádio francesa de notícia. Disponível em http://br.rfi.fr/cultura/20190313-franceses-leem-21-livros-por-ano-cinco-vezes-mais-que-brasileiros. Acesso em 7 de set. 2022.

"Institucional". **Companhia das Letras**. Disponível em: https://www.companhiadasletras.com.br/sobre.php. Acesso em: 09 set. 2022.

"Junto Club". **Benjamin Franklin Historical Society**. Disponível em http://www.benjamin-franklin-history.org/junto-club/. Acesso em 9 set. 2022.

LEE, Harper**. O sol é para todos**. Tradução de Beatriz Horta. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

LEWIS, Clive S. An Experiment in Criticism. **Cambridge University Press**, 1995.

MAGRIS, Claudio. Los poetas y los legisladores. **La nacion**, Madrid, 12 marzo 2006. Disponível em: http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y--los-legisladores. Acesso em 9 set. 2022.

McEWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Ed. Kindle.

MÉNDEZ, Juan E. Reforma institucional, inclusive acesso à justiça: introdução. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça:** o não-estado de direito na América Latina. Tradução de Ana Luiza Pinheiro, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

OLIVEIRA, Mara C. V. e NUNES Flávio F. Discursos jurídico e literário na formação do leitor universitário: estética, técnica e conhecimento. **Plataforma Publica Direito**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=85da0ea73f51b181. Acesso em: 8 set. 2022.

ORDINE, Nuccio. **A utilidade do inútil: um manifesto**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016[33].

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. **Doxa: cuadernos de la Filosofia del Derecho**, n. 29, p. 333-348, 2006. Disponível em: https://doxa.ua.es/article/view/2006-n29-el-reflejo-del-derecho-en-la-literatura. Acesso em: 9 set. 2022.

OZ, Amós. **Como curar um fanático**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. O discurso jurídico através do discurso poético. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 4, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/118. Acesso em: 9 set. 2022.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 49, n. 196, p. 297-309, out./dez. 2012.

Retratos da Leitura. Disponível em: https://www.prolivro.org.br/5a-edicao-de-retratos-da-leitura-no-brasil-2/a-pesquisa-5a-edicao/. Acesso em 7 set. 2022.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Porto Alegre: Coleção L&PM Pocket. L&PM, 2007.

SPIEGELMAN, Art. **Maus**. São Paulo: Quadrinhos na Cia, 2005.

"This is your brain on Jane Austen, and Stanford researchers are taking notes", por Corrie Goldman. **Stanford Report**. Disponível em: https://news.stanford.edu/news/2012/september/austen-reading-fmri-090712.html. Acesso em: 7 de set. 2022.

[33] As competências e habilidades esperadas para um bacharel em Direito estão descritas no artigo 4º da Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Estão transcritas abaixo as que têm relação com o tema deste estudo.

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:

I - interpretar e aplicar as normas (princípios e regras) do sistema jurídico nacional, observando a experiência estrangeira e comparada, quando couber, articulando o conhecimento teórico com a resolução de problemas;

II - demonstrar competência na leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo, bem como a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

III - demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão;

IV - dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;

V - adquirir capacidade para desenvolver técnicas de raciocínio e de argumentação jurídicos com objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito;

VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;

VII - compreender a hermenêutica e os métodos interpretativos, com a necessária capacidade de pesquisa e de utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

(...)

X - aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;

XIII - desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e

XIV - apreender conceitos deontológico-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

To read or not to read Question of National Consequence. Research report. **National Endowment for the Arts**. Disponível em: https://www.arts.gov/sites/default/files/ToRead.pdf. Acesso em: 8 set 2022.

"Veja a íntegra do discurso de Mario Vargas Llosa em Estocolmo". **Estadão**. Disponível em: https://cultura.estadao.com.br/noticias/literatura,veja-a-integra-do-discurso-de-mario-vargas-llosa-em-estocolmo,651327. Acesso em: 8 set. 2022.

VIEIRA, Júnia Cristina Vaz; ACCORSI, Ana Maria Bueno. O papel do mediador na formação literária dos participantes de clubes de leitura. **Letras e ideias**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 81–96, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/letraseideias/article/view/28270. Acesso em: 7 set. 2022.

VIERCI, Pablo. **A sociedade da neve**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ATUALIDADE DO ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CIDADES BRASILEIRAS: COMO A EXCEÇÃO AFETA O DIREITO À CIDADE?

FERNANDA RIBEIRO PAPANDREA

Procuradora do Município de Pouso Alegre. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Possui Pós-Graduação em Direito Processual Civil, pela Faculdade Damásio, e em Direito Administrativo, pela Faculdade UniBF. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas como bolsista CAPES. Durante a graduação, foi bolsista de iniciação científica pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da UFJF – BIC.

Resumo: O presente artigo trata do estado de exceção e, notadamente, da utilização do estado de exceção permanente como paradigma de governo no Brasil. Ademais, busca-se elucidar como isso afeta a concretização do direito da população, principalmente da população carente das periferias, à cidade. Para tanto se vale de conceitos de sociologia jurídica, bem como direito constitucional e urbanístico. Destaca-se as cidades, que exercem papel central na modernidade e no desenvolvimento humano, como paradoxal palco do estado de exceção e da negação de direitos fundamentais a parcela significativa da população.

Palavras-chave: Estado de exceção. Estado de exceção permanente. Moradia digna. Direito à cidade.

Abstract: This article deals with the state of exception and, notably, the use of the state of permanent exception as a paradigm of government in Brazil. Moreover, it seeks to elucidate how this affects the realization of the population's right to the city, especially the poor population of the peripheries. To this end, concepts of legal sociology are used, as well as constitutional and urbanistic law. We highlight cities, which play a central role in modernity and human development, as a paradoxical stage for the state of exception and the denial of fundamental rights to a significant portion of the populations.

Keywords: State of exception. Permanent state of exception. Dignified housing. Right to the city.

Introdução

Originariamente o estado de exceção é aquele utilizado em determinados momentos, em que, em razão de conjecturas políticas e econômicas, que fogem à normalidade de uma sociedade, seria possível valer-se de medidas e poderes extremos, para preservar a estabilidade social.

Muito se discute a respeito do estado de exceção, originariamente tratado por Carl Schmitt à luz da Constituição Alemã de Weimar, e sua relevância nos dias atuais. Com efeito, pensadores importantes como o italiano Giorgio Agambe e os brasileiros Gilberto Bercovici e Pedro Sarmento tratam sobre a utilização do estado de exceção como política de governo, de modo que se torna permanente.

Assim, o presente artigo trata do estado de exceção permanente, elucidando a sua utilização nos países da periferia do capitalismo, como o Brasil, como forma de política de governo, que acentua a desigualdade social e a exclusão de camadas específicas da população.

Além disso, busca-se relacionar a utilização do estado de exceção, notadamente nas periferias, com a não concretização pelo estado do direito à moradia digna e, mais profundamente, com o direito à cidade.

Logo, primeiramente trata-se do conceito de estado de exceção, bem como do estado de exceção permanente. Em seguida, discorre-se sobre o direito à moradia e seus desdobramentos constitucionais, com ênfase no direito à cidade. Por fim, relaciona-se a não concretização do direito à cidade com o estado de exceção permanente.

Importante notar que o tema é pouco explorado pela comunidade acadêmica. Com efeito, existem muitos trabalhos tratando do estado de exceção e sua relação com os sistemas penais e os autos índices de criminalidade e encarceramento nas periferias. Contudo, pouco se fala em como o estado de exceção permanente interfere no direito dos cidadãos às cidades.

1. O Estado de Exceção e o Estado de Exceção permanente

Pode-se conceituar o estado de exceção como o espaço temporal em que elementos da ordem jurídica, notadamente aqueles referentes à proteção de direitos e garantidas fundamentais, podem ser suspensos por medidas estatais de conteúdo normativo, objetivando suprir questões urgentes.

Carl Schmitt tratou sobre o estado de exceção à luz da Constituição de Weimar e do seu artigo 48. Seu conceito de exceção está interligado ao conceito de soberania, de modo que, para o jurista, soberano é aquele que decide sobre a exceção.

Neste sentido:

> A decisão sobre a exceção é uma decisão no verdadeiro sentido da palavra. Visto que uma norma geral, representada por uma prescrição legal ordinária, nunca pode abranger uma exceção total, a decisão de que existe uma exceção real não pode, portanto, derivar-se inteiramente dessa norma.[1]

Assim, o jurista alemão entende que como uma norma geral não pode conter totalmente o significado de exceção, este deverá ser dado pelo soberano, que será justamente quem decidirá sobre o estado de exceção.

Diante disso, Carl Schmitt concebeu o conceito de soberania a partir do conceito de exceção, pois o soberano é quem decide e declara exceções. Neste conceito de Schmitt, o poder político é na verdade um poder que suspende os direitos básicos do inimigo. Pois, assim como o conceito de soberania de Schmitt está relacionado à determinação de estados excepcionais, seu conceito de política também está intimamente relacionado ao poder de declarar amigos e inimigos.[2]

No Brasil, o chamado sistema constitucional de crises, previsto na Constituição vigente, traz situações de exceção e as regulamenta. Pode-se citar a intervenção federal (artigo 34 e seguintes, CF), o Estado de Defesa (artigos 136 e 137, CF), o Estado de Sítio (art. 138, CF), bem como o Estado de Calamidade Pública (art. 167, §3º e art. 148, CF). Além disso, a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República também é notória, eis que demanda uma situação de "relevância e urgência" (art. 62, CF).

Importante notar que a aceitabilidade do estado de exceção pelas populações vem da convicção de que o Estado atua para proteger os indivíduos. Assim, a ânsia por segurança e tranquilidade abre espaço para atuações questionáveis em períodos excepcionais.

Diante disso, quando o direito à segurança é elevado como fundamento dos direitos individuais, são postos em prática mecanismos excepcionais que, convertendo-se em mecanismos de gestão ordinários pelo Estado, acabam por se consolidar como nova

---

[1] SCHMITT, Carl. Political **Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. George Schwab (trans.), Chicago: University of Chicago Press, 2005.

[2] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/PoliEtica/article/view/51946.

normalidade. A exceção se insinua, de modo cada vez mais aberto, enquanto mera normalidade e o que deveria resguardar a população se volta contra ela.[3]

Neste contexto, é imperioso compreender que medidas de caráter excepcional são comumente impostas à população como males inevitáveis à solução de problemas referentes não somente à segurança interna ou externa, mas, significativamente, a questões econômicas e sociais. É neste sentido que o estado de exceção passa a ser utilizado quando de questões de ordem econômicas.

Carl Schmitt defendia a utilização do estado de exceção, com apoio no artigo 48 da Constituição de Weimar, em caso de emergência econômica. Para o jurista, os requisitos das atribuições extraordinárias (estado de exceção, perigo considerável à segurança e ordem públicas) poderiam se fundar em casos de necessidade econômica ou financeira.

Desse modo, no "estado de emergência econômico" poderia o Presidente do Reich promulgar decretos com força de lei e suspender direitos, de acordo com a previsão constitucional. [4]

O problema ocorre quando este estado de exceção, de emergência, de calamidade pública, de sítio, de defesa, de intervenção federal, ou, ainda, a mera utilização reiterada de instrumentos como medidas provisórias, prejudica a efetivação de direitos sociais.

Isso porque, se os direitos sociais, que permitem ao indivíduo condições de vida digna, não são garantidos durante as medidas excepcionais, a proteção pretendida pelo Estado é falha.

Neste diapasão, quando o Estado não visa de fato a promoção do indivíduo emerge um modelo de Estado meio e não de Estado fim. Neste sentido, quando não tem como meta a promoção de direitos sociais e/ou fundamentais, o Estado serve ao próprio Estado, e não à sociedade.[5]

Giorgio Agamben propõe a tese, essencial ao problema projetado, de que o estado de exceção tende a ser utilizado como paradigma de governo. Preconiza que, a partir do momento em que o estado de exceção se tornou a regra, ele se apresenta muito mais como técnica de governo, do que como medida excepcional.

---

[3] PIETRO, Evaristo. Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. n. 105. p. 101-150, jul./dez. 2012.
[4] BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da constituição à garantia do capitalismo. **Revista Internacional de Direito Público: RIDP**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://repositorio.usp.br/item/002790490.
[5] BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e o estado de emergência econômico. **Revista de Direito**, v. 11, n. 2, 2019, p. 9-38. Disponível em https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9613/5280.

Destaca-se que Gilberto Bercovici lucidamente correlaciona o pensamento de Francisco Campos, principal jurista do Estado Novo e autor da Carta de 1937, além de Ministro da Justiça de 1942, com o pensamento de Carl Schmitt. Para Campos, a sociedade de massas só poderia ser bem governada por uma liderança carismática em um Estado autoritário, que conseguiria, desta forma, eliminar os conflitos e tensões sociais potencialmente desestabilizadoras.[6]

No século 21, o estado de exceção muda sua natureza. Não mais se interrompe as democracias para criar estados excepcionais. O mecanismo típico do autoritarismo excepcional existe e coexiste nos procedimentos democráticos como uma verdadeira técnica de governo ou uma excepcional governança perpétua. A suspensão de direitos, característica de exceções, ocorre por meio de leis, condutas ou atos do Estado dentro da norma de um sistema democrático.[7]

É uma forma aprimorada de autoritarismo que influencia grupos ou indivíduos de acordo com os interesses dos praticantes, além de ser mais flexível no plano político, convivendo com instituições e medidas democráticas, mantendo assim, o aparente respeito pelas instituições e pelo Estado de direito.

As periferias brasileiras vivem em permanente estado de exceção que, como será visto, afeta o direito às cidades. Isso porque o inimigo das sociedades ocidentais subdesenvolvidas, especialmente das sociedades latino-americanas, são os pobres, que não são reconhecidos pelos direitos fundamentais inerentes à condição humana. Sob o pretexto de combater um inimigo que alegadamente ameaça a segurança e a integridade social, criou-se um verdadeiro estado de polícia que governa os arredores empobrecidos e suspende os direitos básicos daqueles considerados inimigos.[8]

Ademais, importante perceber o papel que a inserção do Brasil no contexto internacional também atua na instituição do estado de exceção. Neste sentido, pode-se entender que a América Latina está inserida num contexto de capitalismo periférico, pois, em razão do seu papel na economia mundial:

> Ficou sem acesso ao conhecimento tecnológico de ponta, internacionalizou seus mercados internos, foi relegada a mera consumidora parcial da terceira revolução

[6] SCHMITT, Carl. Political **Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. George Schwab (trans.), Chicago: University of Chicago Press, 2005.
[7] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/PoliEtica/article/view/51946.
[8] Idem.

> tecnológica, teve que privatizar para atrair investimentos estrangeiros e abandonou políticas sociais universalizantes em busca do equilíbrio macroeconômico.[9]

Na base desse processo está a enorme desigualdade na sociedade brasileira. Todas as transformações ocorridas criaram outro tipo de desigualdade, de outra natureza, especialmente do ponto de vista da liberdade, quantitativamente maior se observada à distância entre os muito ricos e os muito pobres. Mas a nova diferença quantitativa obriga os dominados a fazer um grande esforço para superá-la, o que traz uma nova qualidade à desigualdade, se já não é uma total falta de liberdade, é quase nula a possibilidade de superação. De fato, embora ainda sejamos uma sociedade racista, na semântica social e nas relações sociais, a escravidão foi superada. Mas a premissa de superar a desigualdade capitalista é conseguir superar o próprio capitalismo, o que é tarefa de gigantes.[10]

A atuação do estado de exceção nos países do capitalismo periférico, de democracias tardias como o Brasil, tem, como se demonstrará, como palco as cidades, que são o lugar da modernização e da política. Assim, o direito à moradia digna e, notadamente, o direito à cidade, não se concretizam de fato.

2. Perspectivas atuais do direito à cidade: direito à moradia digna

Sabe-se que os direitos fundamentais, de acordo com a constituição vigente, têm aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). Neste sentido, uma interpretação teleológica da constituição elucida que os direitos sociais, previstos a partir do artigo 6º da Constituição, estão inclusos no rol de direitos fundamentais, não se limitando aos previstos no artigo 5º da carta magna.

Assim, para que a constituição não seja meramente simbólica é necessário que os

direitos sociais sejam de fato garantidos no Estado Democrático de Direito. Contudo, existem diversos entraves para que isso aconteça, sejam eles financeiros, políticos, econômicos ou sociais.

Importante notar que o direito à moradia está elencado no art. 6º como direito social. Atualmente, mão basta direito à moradia, sendo necessário direito à moradia digna, e, mais, se fala em direito à cidade.

---

[9] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente:** atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 65-107.
[10] OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à Razão Dualista / O Ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

A cidade é o núcleo do desenvolvimento, segundo a noção de que o desenvolvimento expressa o progresso humano ancorado no ideal de modernidade. Neste sentido, a ideia de desenvolvimento é o estágio mais recente da noção iluminista de progresso humano, enquanto processo contínuo de expansão interna e externa assente em valores de racionalidade, secularização e eficiência.

Contudo, observa-se que nas cidades o desenvolvimento não se opera de maneira linear, tendo em vista a diferença entre as classes sociais, que geram estruturas urbanas díspares, de acordo com a posição do cidadão na sociedade. Assim, a cidade que é o núcleo do desenvolvimento também é o ponto de manifestação da exceção.

Hoje, no século XXI, o direito à moradia ganha um desdobramento: o direito à moradia digna, nos moldes do artigo 1º, inciso III c/c art. 6º, da Constituição Federal. Contudo, existe um cenário, nas periferias, onde a moradia existe, mas não atende os requisitos para uma habitação que assegure a dignidade humana.

Importante notar que com o advento da Constituição de 1988 inaugurou-se uma nova ordem constitucional, tendo como pilar a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, ou seja, o respeito pelas condições mínimas de vida dos cidadãos, é um valor absoluto e constitucional, que consolida o respeito pelas pessoas e deve ser superior a quaisquer outros valores ou direitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.[11]

Conceitualmente, a dignidade humana é a qualidade inerente e única de cada pessoa, significando o respeito e a consideração do país e da comunidade. Significa garantir que um complexo de direitos humanos e obrigações básicas se oponha a tudo que possa violar esta dignidade. Assim, deve-se garantir as condições mínimas existentes para uma vida saudável, além de proporcionar que as pessoas possam participar ativa e conjuntamente da própria existência e do destino de suas vidas em comunhão com outros seres humanos.[12]

Neste sentido, o direito à moradia é expressão da dignidade humana. Diante disso não se pode falar mais apenas em direito à moradia, sendo necessário que se fale em direito à moradia adequada e mais: direito à moradia digna.

É direito e dever de todos buscar garantir universalmente os direitos fundamentais de que todos gozam em virtude de sua existência e realizar plenamente o ideal da democracia e

---

[11] SOUTO, Ricardo dos Santos. A dignidade da pessoa humana como um valor absoluto no Brasil. **Rev. NUFEN**, Belém, v. 11, n. 3, p. 170-186, dez. 2019. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217525912019000300011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 02 abr. 2024.

[12] SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

do Estado de Direito. Um dever começa por tentar identificar esses mecanismos autoritários dentro de nossas democracias e esclarecê-los, trazê-los à tona, para combatê-los.[13]

Assim, a questão do direito à moradia, expresso na Constituição Federal de 1988, permeia não apenas a questão de ter um lugar para habitação, se aliando ao princípio da dignidade humana, o que lhe dá novos significados. A discussão agora é sobre moradias dignas, em contraste com sub-moradias. Importante notar que além do direito básico à moradia, o ordenamento jurídico também atenta para a inviolabilidade do domicílio, expressa no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.[14]

Nos paradigmas atuais é necessário que se coadune o conceito de moradia digna com o conceito de direito à cidade. Destaca-se que o conceito de direito à cidade levou a um enorme ressurgimento da mobilização sociopolítica internacional, especialmente nas últimas três décadas. Desde o início, no final da década de 1960, o conceito se fortaleceu como programa filosófico, bandeira sociopolítica, apelo político à ação e slogan de mobilização popular.[15]

Neste sentido, o Estado brasileiro deve superar a barreira do subdesenvolvimento, em busca da emancipação social de sua população. Para isso, importante notar que o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual, obrigatoriamente, os países desenvolvidos passaram.

Para que o subdesenvolvimento possa ser superado é necessário um projeto político apoiado em vários setores sociais, pois não existe uma tendência à passagem automática da periferia para o centro do sistema econômico capitalista, mas sim de continuidade do subdesenvolvimento nos países periféricos.

Destaca-se o Estatuto da Cidade – essa lei-marco brasileira de 2001, que pioneiramente reconheceu o "direito a cidades sustentáveis". Essa foi a primeira vez internacionalmente que uma legislação incorporou a noção do direito à cidade. Isso é importante, pois marca o reconhecimento de um direito à cidade em si, que tem uma carga axiológica mais profunda do que o direito à moradia.[16]

---

[13] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/PoliEtica/article/view/51946.

[14] BISPO, Bruna Fernanda e MARQUES, Hérika Janaynna Bezerra. O direito à moradia em "O Cortiço" e suas similaridades com as periferias brasileiras. **Universidade de Fortaleza – UNIFOR**, 2019.

[15] FERNANDES, E. O "direito à cidade" e a "cidade como bem comum": dois conceitos em transformação. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico: RBDU**, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 13, p. 9–21, 2021. Disponível em: https://journal.nuped.com.br/index.php/direitourbanistico/article/view/729.

[16] Idem.

Contudo, não basta o avanço na legislação, é necessário o cumprimento dos ditames legais e de ações concretas em direção a um avanço, com o risco de que a norma atue, paradoxalmente, contra a concretização de direitos. Com efeito, os paradigmas atuais demonstram que, na realidade, os governos não buscam tirar suas populações do subdesenvolvimento, mas sim manter esse status através do estado de exceção permanente.

Importante notar que a dimensão sociopolítica e filosófica da compreensão do direito à cidade como bandeira, slogan e apelo superou sua dimensão jurídica nas últimas décadas. Assim, mais do que perceber o direito à cidade do ponto de vista sociopolítico e ético-filosófico, e também mais do que do ponto de vista sociológico e jurídico, deve-se compreender o conceito também como direito em sentido estrito.

A partir do Século XX a relação entre estado e cidade, estado e planejamento pode ser descrita, ainda que grosseiramente, como um esforço normativo para estabelecer relações laborais com sucesso, promover condições gerais de produção para a industrialização, usar, para isso, até o limite, a coerção estatal como substituto do mercado e, por fim, no capítulo das relações com o planejamento, inventa-se uma política que transforma o conflito de classes em uma "convergência de opostos", sem jogo de soma zero, anti-schmittiana na eliminação do significado de amigo e inimigo.[17]

As cidades são os campos de batalha para essas ações, e todas as formas de planejamento tentam funcionalizá-la de alguma forma – na maioria das vezes ingenuamente visando suprimir o conflito – para estabelecer novas divisões sociais do trabalho e novas relações de classe.

Em suma, as relações desenvolvidas no planejamento urbano buscam enquadrar a exceção e transformá-la em norma. Importante notar que a pluralidade de normas atua para isso, pois, o excesso normativo leva, em realidade à anomia.

Em suma, o excesso de norma equivale à inexistência de norma. A hipernomia tem o mesmo significado que anomia. Incluindo normas que produzem conceitos imprecisos, fenômeno que ocorre no mundo atual, especialmente no Brasil, e que sujeitamos cidadãos a poderes arbitrários e idiossincráticos porque não há controle sobre a validade da lei, e o espectro normativo no qual a norma existe.

Assim, apesar da vasta legislação urbanística que temos atualmente no Brasil, com expoentes como a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade, a Lei do Parcelamento do Solo, observa-se que tal amplitude legislativa não é suficiente para garantir o direito às cidades.

---

[17] OLIVEIRA, Francisco de. O estado e a exceção ou o estado de exceção? **R. B. Estudos Urbanos e Regionais**, v. 5, n. 1, mai. 2003.

Ante essa contradição entre anseios sociais diversos, a mera positivação de direitos na constituição e leis não é suficiente para garantir a sua efetividade. É importante observar que todos os dispositivos da constituição estão potencialmente sujeitos ao mesmo grau de proteção, porém a sua concretização depende da natureza do conteúdo da norma e de sua ativação pelos atores políticos.[18]

Além disso, existem normas que atuam inclusive contra a concretização desse direito. Exemplificativamente, cita-se o Novo Marco do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) que ampliou os prazos para fornecimento de água potável à população até 2033. Além disso, caso a empresa responsável demonstre insuficiência de recursos, tais prazos podem ser prorrogados por mais 07 anos.

3. As cidades como palco do Estado de Exceção permanente

As cidades, palco da política e do moderno, do público e do desenvolvimento, são também, paradoxalmente, palco da exceção. Assim, as cidades são, por excelência, o local de manifestação da exceção e o conjunto delas forma a administração da exceção. De acordo com Carl Schmitt, o soberano é quem decide sobre a exceção, e no estado de exceção permanente, esta soberania é exercida de forma difusa, sem a nomeação de uma figura única.

Alguns estudiosos apontam que este soberano seria o mercado, as relações capitalistas que colocam mais de 41% da população abaixo da linha da pobreza no Brasil. Mas o fato mais notório é que sem uma figura clara a quem se atribuir a instauração do estado de exceção, como em Weimar se atribuía ao Presidente do Reich, fica também mais difícil de combatê-lo. Justamente pela sua institucionalização.

O ornitorrinco é a eterna exceção, porque não é mais uma singularidade: contém todos os elementos do desenvolvimento primitivo, não há mais espaço para o pré-capitalismo, não há mais fronteira para a expansão do capital. Desemprego alto não é sinal de desemprego - graças ao fator neoclássico - por falta de capital, pelo contrário, por excesso de capital. Foi a reprodução do original que levou ao desemprego e à distribuição desigual de renda, que se agravou com a retomada do desenvolvimento, e de forma intermitente, mas não sustentável.[19]

---

[18] COUTO, C. G.; LIMA, G. M. R. Continuidade de Políticas Públicas: A Constitucionalização Importa? **Scielo**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, oct./dec. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582016000401055&lng=en&nrm=iso.

[19] OLIVEIRA, Francisco de. O estado e a exceção ou o estado de exceção? **R. B. Estudos Urbanos e Regionais**, v. 5, n. 1, mai. 2003.

Apela-se ao teste empírico: as chamadas políticas de emprego e renda são a exceção ao desemprego; elas aprofundam o desemprego, ou o mantêm, a pretexto de combatê-lo. Políticas de habitação para atender às necessidades habitacionais, são a exceção das cidades; a desmercantilização do trabalho na forma de empregos virtuais prepara o terreno para grandes exércitos "informais". É a exceção do Estado ou o Estado como exceção.

A figura do inimigo ainda existe no estado de exceção permanente, mas não mais está dispersa pela sociedade e atualmente se identifica com o a figura do ladrão, dos agentes da violência e titulares da exceção, que, se realizam nos marginais, pobres, moradores da periferia.

Logo, a periferia é onde a exceção se manifesta, interferindo no direito à cidade, acabando por se tornar um direito apenas realizado entre as classes mais abastadas da sociedade. É uma forma aprimorada de autoritarismo que influencia grupos ou pessoas de acordo com os interesses dos praticantes, além de ser mais flexível no plano político, convivendo com instituições e medidas democráticas, mantendo assim a aparência de instituições respeitosas e do estado de direito.[20]

A percepção da presença do Estado autoritário no interior das rotinas democráticas, sobretudo em democracias recentes, em países de modernidade tardia e capitalismo periférico, como os da América Latina, é algo que não pode ser menosprezado pela teoria jurídica.

Decisões sobre o estado de exceção, propostas por autores como Carl Schmitt, seriam um exercício necessário da soberania, como suspender temporariamente os direitos civis dos cidadãos, estabelecendo assim a ordem. O estado de exceção se pauta na presença de um inimigo externo, que não se identifica com o cidadão, e o inimigo nos países latino-americanos tem um traço comum que o particulariza: ele é o pobre e vive na periferia das grandes cidades.

Importante ressaltar que o estado de exceção clássico é marcado por uma temporariedade inerente, necessária à retomada da pacificação social. Contudo, no estado de exceção permanente essa temporariedade faz parte apenas do discurso político.

E a exceção está em que as políticas sociais não têm mais o projeto de mudar a distribuição da renda – que foi lograda ao longo da experiência do Welfare– e se transformaram em antipolíticas de funcionalização da pobreza.

Assim, se constata que no século XXI, o autoritarismo adotado pelo poder público tem uma lógica própria, ao ser comparado com o autoritarismo dos Estados totalitários e

---

[20] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020.

ditaduras do século XX, pois se opera na sociedade uma coexistência de duas formas de Estado. De um lado o estado de exceção, que é adotado como técnica de governo, apesar de não ser formalmente e juridicamente assumido como tal e que pode ser chamado de governança permanente de exceção. E de outro lado, o Estado Democrático de Direito, que tem realização formal na constituição e nas leis, mas que está acessível apenas à parcela da sociedade economicamente favorecida.

Assim, com a utilização crescente do estado de exceção é preciso entender que situações excepcionais tendem a ser cada vez mais comuns pela própria pluralidade e complexidade do mundo em que vivemos e em razão da posição do nosso país frente ao capitalismo mundial.

Esse novo paradigma autoritário normalmente não suspende os direitos dos cidadãos, elegendo destinatários específicos de suas medidas autoritárias, que são implementadas de forma fraudulenta, sob o falso pretexto de normalidade institucional e democrática. O autoritarismo líquido se instala aos poucos e convive com medidas democráticas, dando a falsa impressão de que as normas legais estão sendo cumpridas, quando, na realidade, estão sendo apenas performadas.[21]

Neste sentido, é importante notar que as cidades, que são vistas como núcleo do desenvolvimento, em um estado de exceção exercem, na realidade, o papel de núcleo do subdesenvolvimento. Diante disso, é necessário pensar soluções para que o direito à cidade seja de fato garantido.

Se, historicamente, a relação entre o Estado e as áreas urbanas foi pautada por esforços normativos nas relações laborais, cabendo ao planejamento fazer exceções e transformá-las em normas, as recentes mudanças fundamentais na economia e na sociedade brasileira sugerem que as exceções parecem ter enquadrado o planejamento urbano.

As desigualdades históricas da sociedade brasileira acompanhadas da reorganização da produção e da globalização, a reorganização do mercado, a funcionalização da relação entre Estado e capital, a transformação da política social em antipolítica para funcionalizar a pobreza, enfatizam o deslocamento da busca da norma para a exceção.[22]

Assim, para evitar decepções e manipulações, deve-se buscar um maior equilíbrio entre a política e o direito, o que envolve uma definição jurídica mais precisa desse direito.

---

[21] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/PoliEtica/article/view/51946.

[22] OLIVEIRA, Francisco de. O estado e a exceção ou o estado de exceção? **R. B. Estudos Urbanos e Regionais**, v. 5, n. 1, mai. 2003.

Não basta ver o direito à cidade como bandeira, plataforma e slogan, o conceito e seus limites também devem ser entendidos sob uma perspectiva sociojurídica.

Quanto ao direito à cidade em si, este seria um direito coletivo com dois pilares indissociáveis, o que poderíamos chamar de "direito à moradia" - entendido no sentido mais amplo de moradia, não apenas uma casa, não apenas uma casa moradia, mas todas as qualidades inerentes a esse processo socioterritorial – e o direito de participação. Integra estes dois pilares, o que está de acordo com o Estatuto da Cidade, onde a lei articula os conceitos de propriedade e função social da cidade por um lado, e participação por outro.[23]

Assim, a noção sociojurídica do direito à cidade está relacionada a essa ideia de direito coletivo, sendo este justamente o direito violado pelo estado de exceção. Entra em cena o papel da comunidade e a sua força nas mudanças sociais. Isso muda o paradigma porque não só se fala em melhorar as condições de representação democrática apenas por meio de um processo participativo diferente, mas também estamos em abrir espaços para comunidades organizadas se engajarem diretamente.

Logo, o caminho para a garantia do direito à cidade e para a superação do estado de exceção permanente pode ser encontrado na ampliação e na efetiva garantia da participação popular. Para isso, deve-se ter em contar que ampliar o acesso das comunidades organizadas não é mais apenas uma questão de melhorar a qualidade de representação democrática, mas para garantir a democracia em si mesma.

Assim, além das ações estatais são necessárias também ações comunitárias. Essa ideia do campo comunitário entre o indivíduo e o Estado, o público não se reduz à ideia do Estado – tudo no Estado é público, mas nem tudo que público é criado pelo Estado. Assim, para a política básica em espaços públicos, será necessário um novo contrato político da sociedade civil que dê conta da cidadania urbana. Portanto, há um entendimento de que o território é a manifestação última da natureza dos acordos sociopolíticos, e não há como mudar um sem mudar o outro - não há como mudar territórios sem mudar a natureza dos acordos sociopolíticos.

Considerações Finais

O presente artigo pretendeu, sem a pretensão de esgotar o tema, elucidar o fato de que o estado de exceção permanente se manifesta nas cidades brasileiras, centros de

[23] FERNANDES, E. O “direito à cidade” e a “cidade como bem comum”: dois conceitos em transformação. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico: RBDU**, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 13, p. 9–21, 2021.

subdesenvolvimento na periferia do capitalismo, o que impede que haja a concretização do direito à cidade.

Para tanto, é importante notar que o direito à cidade é conceito que se liga aos direitos humanos e que tem ganhado força com a urbanização crescente e, também, com a globalização, que liga nações por meios de vida e ideais comuns.

Assim, a utilização do estado de exceção como paradigma de governo tem efeitos além dos comumente tratados pela doutrina, sendo necessário entender suas implicações no direito à cidade, palcos do desenvolvimento e do ideal da modernidade.

A conclusão que se chega é a de que a maneira de modificar essa realidade é através da ação estatal conjugada com a ação comunitária. Assim, é necessário que a participação popular ocorra de maneira efetiva para que se modifique os pactos sociopolíticos que possibilitam a manutenção do estado de exceção.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUIAR, Joaquim Castro**. Direito da Cidade.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da constituição à garantia do capitalismo. **Revista Internacional de Direito Público: RIDP**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://repositorio.usp.br/item/002790490.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e o estado de emergência econômico. **Revista de Direito**, v. 11, n. 2, 2019, p. 9-38. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9613/5280.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). *In*: **Direitos Sociais** – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

BISPO, Bruna Fernanda; MARQUES, Hérika Janaynna Bezerra. O direito à moradia em "O Cortiço" e suas similaridades com as periferias brasileiras. **Universidade de Fortaleza – UNIFOR**, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Legislação. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 mai. 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade)**. Brasília: Presidência da República, 2001.

COGO, Rodrigo. Medidas de exceção como instrumentos de governabilidade: Breve análise da realidade constitucional brasileira. **Revista Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/medidas-de-excecao-como-instrumentos-degovernabilidade-breve-analise-da-realidade-constitucional-brasileira.

COUTO, C. G.; LIMA, G. M. R. Continuidade de Políticas Públicas: A Constitucionalização Importa? **Scielo**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, oct./dec. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582016000401055&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 nov. 2020.

FERNANDES, E. O "direito à cidade" e a "cidade como bem comum": dois conceitos em transformação. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico: RBDU**. Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 13, p. 9–21, 2021. Disponível em: https://journal.nuped.com.br/index.php/direitourbanistico/article/view/729 Acesso em 29 jan. 2022.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 19. ed. Atualizada por Giovani da Silva Conrado. São Paulo: Malheiros, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à Razão Dualista / O Ornitorrinco.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

OLIVEIRA, Francisco de. O estado e a exceção ou o estado de exceção? **R. B. Estudos Urbanos e Regionais**, v. 5, n. 1, mai. 2003.

PIETRO, Evaristo. Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. n. 105. p. 101-150, jul./dez. 2012.

PIRES, Luiz Manoel Fonseca. Interesse Público Líquido e Pós-modernidade: A Lógica do Individualismo e os Desafios no Estado Social no Século XXI. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo:** Transformações e Tendências. São Paulo: Almedina, 2014.

RIZEK, C. S. Pensar a cidade é pensar o país. Francisco de Oliveira – um biógrafo não autorizado do Brasil. **GEOUSP Espaço e Tempo (Online)**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 226-241,

2019. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/161108. Acesso em 15 fev. 2022.

SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. **Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty.** Translated by George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/PoliEtica/article/view/51946.

SILVA FILHO, E. V. Da Modernidade à Pós-modernidade: a exigência de uma nova forma de hermenêutica constitucional. **RVMD**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 160-188, jul./dez., 2014. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SOUTO, Ricardo dos Santos. A dignidade da pessoa humana como um valor absoluto no Brasil. **Rev. NUFEN**, Belém, v. 11, n. 3, p. 170-186, dez. 2019. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217525912019000300011&lng=pt&nrm=iso. Acessos em 02 abr. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ABORTO CRIMINOSO OU LEGAL: SEMPRE UMA DISPUTA

ALTAIR MOTA MACHADO

Mestre em Direito das Relações Sociais, pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Professor Adjunto, na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Delegado Geral de Polícia Aposentado de MG.

MARIA EUNICE DE OLIVEIRA COSTA

Mestra em Direito das Relações Sociais, pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Especialista em Direito Processual Civil e Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Professora Adjunta I, na Faculdade de Direito do Sul de Minas –FDSM; Advogada.

Resumo: O presente estudo se propõe a analisar o procedimento do aborto, considerado em suas modalidades, enquanto crime, na forma simples e qualificada; e nas hipóteses autorizadas por lei. A abordagem legal do aborto suscita grandes debates e gera muitas controvérsias, extrapolando a esfera jurídica por estar intrinsicamente associado a questões religiosas, sociais, políticas e de saúde política. A temática também traz uma reflexão sobre o lugar ocupado pela mulher, reconhecida como sujeito de direitos. Mesmo quando permitido, o tema não é simples, considerando não haver uma legislação específica sobre sua realização, principalmente quando decorrente de violência sexual, que padronize o procedimento submetendo a gestante a uma série de entraves. A partir de uma revisão bibliográfica, a pesquisa se justifica pela necessidade de se compreender melhor o tema, para melhor garantir os direitos das mulheres, sem desrespeito a outros direitos também relevantes, permitindo a elas um tratamento digno.

Palavras-chave: Aborto; Crime contra a vida; Direito das Mulheres; Aborto Legal.

Abstract: This study aims to analyze the abortion procedure, considered in its modalities: as a crime, in its simple and qualified form; and in the cases authorized by law. The legal approach to abortion raises great debates and generates many controversies, going beyond the legal sphere because it is intrinsically associated with religious, social, political and health issues. The theme also brings a reflection on the place occupied by women, recognized as subjects of

rights. Even when permitted, the subject is not simple, considering that there is no specific legislation on its performance, especially when resulting from sexual violence, which standardizes the procedure, subjecting the pregnant woman to a series of obstacles. Based on a bibliographic review, the research is justified by the need to better understand the subject, to better guarantee women's rights, without disrespecting other equally relevant rights, allowing them to receive dignified treatment.

Keywords: Abortion; Crime against life; Women's Rights; Legal Abortion.

Introdução

O presente trabalho traz um estudo sobre o crime de aborto em todas as suas modalidades, sejam elas criminosa, qualificada ou agravada, com fulcro nos artigos 124 ao 127 do Código Penal Pátrio Repressivo, figurando como crime doloso contra a vida e da competência do Tribunal de Júri.

Trata-se de um dos crimes mais polêmicos no âmbito do Direito Penal na atualidade, despertando controvérsias no mundo jurídico prático ou acadêmico, bem como na esfera política e religiosa, levando a diferentes esferas de discussão.

Além disso, trata-se de um dos crimes de maior incidência na chamada “cifra negra”, onde apenas 4% dos crimes chegam ao conhecimento do Estado, para o possível exercício do *jus puniendi.*

O aborto, do ponto de vista histórico, no tocante à lei penal brasileira, revela uma série de transformações, se considerado o Código Penal do Império até Código Penal atual.

As hipóteses de aborto autorizadas por lei, em conformidade com o Art. 128 do Código Penal, bem como o caso de anencefalia, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, não estão isentas de embates e discordâncias, apresentando-se bastante complexo.

Os poucos procedimentos que versam sobre o tema não são suficientes para dar o devido amparo e acolhimento às gestantes que decidem pela prática, então autorizada por lei, sendo submetidas a toda sorte de embaraços, podendo ser considerado até indigna e desumana a forma como são tratadas, principalmente em se tratando de gravidez decorrente de violência sexual, quando esta mulher é novamente vitimizada. Aliado a isso, tem-se a falta de preparo

dos profissionais envolvidos, cada qual guiando-se por convicções pessoais sem observância ao então previsto para se lidar com a questão.

Assim, por meio de uma revisão bibliográfica, a pesquisa se justifica pela necessidade de se compreender melhor o tema, para melhor garantir os direitos das mulheres, sem desrespeito a outros direitos também relevantes, permitindo a elas um tratamento digno, sem, contudo, se afastar do previsto na legislação penal brasileira quanto à garantia do direito à vida, bem jurídico altamente relevante.

1. O aborto pelo mundo segundo o sistema regulatório

Umas das perguntas mais tormentosas, seja por desconhecimento ou por simples curiosidade, é se o aborto é proibido ou permitido nos diferentes países do mundo. Será que existe um país onde toda modalidade de interrupção da gravidez é tida como proibida ou há país onde as mulheres podem interromper a gravidez quando quiserem e em quaisquer circunstâncias? Vê-se que a resposta será não.

Na verdade, o que existem são sistemas regulatórios de aborto, principalmente nas Américas e na Europa, sendo eles basicamente dois, os quais são intermediários; ou seja, não existe nenhum País no mundo onde ele é totalmente proibido ou permitido.

Os sistemas são divididos em sistema de prazo e sistema de indicações. Independentemente do sistema adotado, que serão analisados, ambos partem da premissa de que a interrupção da gravidez é algo não desejado e que não se deve perseguir ou desejar, ou normalizar, devendo ser, na verdade, serem rejeitados.

O sistema de prazo é o mais adotado nas Américas, com contagem diferente de país para país. Por exemplo, os Estados Unidos preveem o primeiro trimestre; no Canadá, não há restrição (a não ser a médica); no Uruguai, doze semanas; na Argentina, quatorze semanas; no México, doze semanas e na Colômbia, vinte e quatro semanas. A Colômbia apresenta o mesmo prazo da Holanda, o maior no sistema de prazos do mundo.

No caso havido nos Estados Unidos, denominado ROE X WADE, em 1973, a Suprema Corte Americana, atendendo a um pedido de uma mulher grávida, decidiu que os Estados que possuem legislação diversa (independente) deveriam tratar o crime de aborto dividindo a gestação em três períodos (trimestres), sendo que no primeiro trimestre não poderia proibir a interrupção da gravidez; já no segundo trimestre, deveria impor limitações e no último trimestre, aí sim, poderia ser definido como crime. Em 2022, tal precedente caiu

sobre uma decisão do Mississipi e os Estados voltaram a ser federados e cada Estado pode definir.

Na Europa, a França optou pelo prazo de doze semanas; a Itália, noventa dias; a Holanda, vinte e quatro semanas; a Alemanha, doze semanas; Portugal, dez semanas e Espanha, quatorze semanas.

No sistema de prazo tem-se a premissa de que existe um conflito de bens jurídicos, sendo eles a expectativa do nascimento do nascituro e o direito de liberdade da mulher, não existindo superioridade de um ou do outro.

Na tentativa de acomodar os dois desejos, e considerando que no período em torno de doze semanas não há um sistema neural minimamente estruturado, como a consciência, sendo assim uma vida puramente biológica; neste prazo, deverá prevalecer o direito da gestante em optar pelo aborto. Posteriormente a este prazo, tal direito é invertido e deve prevalecer o chamado direito à vida do nascituro.

Para tal sistema, há diferença quanto a uma interrupção de gestação de alguns dias ou semanas com um feto quase já totalmente formado, levando-se em conta o desenvolvimento do produto da concepção.

Mesmo assim deve haver um desestímulo para tal ato. A gestante deve ser acolhida, sendo-lhe oferecidos outros caminhos. Deste modo, todos os países possuem um ponto único, pois, em todos, existe um sistema de aconselhamento para a gestante com um hiato de tempo, possibilitando que ela manifeste o desejo de interromper a gravidez e possua um período de reflexão, para que após isso, possa decidir sobre o que fazer. Além disso, existe um aconselhamento para que a gravidez indesejada não ocorra novamente, uma prevenção.

No outro sistema citado, o de indicações, praticamente não adotado na Europa, mas bem aceito na América, tem-se na Venezuela, o risco de vida; no Brasil, hipóteses de estupro e risco de vida; na Bolívia, estupro e risco de vida, bem como no Equador; e Chile, o mais avançado, estupro, risco de vida e inviabilidade do feto.

No Brasil, o aborto legal está previsto no art. 128 do Código Penal, não sendo ele punido quando praticado por médico em duas situações: se não há outra forma de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez é proveniente de estupro.

Há quem sustente que o art. 128 do Código Penal não configura causa extintiva de punibilidade, mas sim causa de exclusão de antijuridicidade, pois sequer existe o crime.[1]

[1] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 95.

1.1. O crime de aborto e a disputa pró-vida e pró-gestante

Se for considerada a prevalência do direito à vida, tal disputa não existe, pois na verdade estar-se-ia diante da defesa da vida intrauterina, bem como da vida das mulheres gestantes.

Historicamente, o crime de aborto no Brasil sofreu uma transformação ou evolução, como queiram. No Império, segundo o Código Criminal do Império (1830), não era tratado sobre autoaborto, o aborto praticado pela própria gestante; sendo punido somente o aborto praticado por terceiro, bem como o fornecimento de substâncias abortivas, mesmo que não fossem utilizadas.[2]

O autoaborto passou a ser punido a partir do Código Penal de 1890, sendo mantido pelo atual Código, de 1940, dando mesmo tratamento ao tema que, dado aos avanços científicos na área médica e mesmo social, tornou-se anacrônica.[3]

Para Munoz Conde, referindo as duas tendências de proteção da mãe e do feto a uma radicalização de dois pontos de vista derivados de interesses conflitantes, pois se protege a vida dependente, mas que conflita com outros bens jurídicos importantes dignos de proteção como a vida, saúde e dignidade da mulher grávida[4].

Para parte das religiões que entende que a mulher seria apenas um receptáculo para tal vida, estabeleceu-se uma posição radical, e que tal fato estaria acima de quaisquer outros interesses, e do outro lado também radical o entendimento que o feto seria apenas uma simples extensão do corpo da mulher.

Quem é favorável à descriminalização do aborto contumaz aponta alguns argumentos. Dentre eles tem-se aquele quando a mulher pode dispor do seu próprio corpo, e quando o Estado insiste em uma gravidez indesejada, tal fato conduziria à geração de crianças também indesejadas e possivelmente maltratadas e marginalizadas; ponderando também que quase ninguém é punido por tal ato criminoso (devendo levar em consideração o fator cifra negra)[5]. Também indicam que com a proibição surge o aborto clandestino, o que levaria milhares de mulheres a consequências médicas irreparáveis e, por fim, que se o Estado não tem condições de criar seus filhos não deveria exigir que eles nasçam, se referindo à falta de auxílio social na criação dos filhos.

---

[2] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 85.
[3] Ibidem, p. 86.
[4] MUNOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte especial. 18. ed. Tirant lo lanch, 2010, p. 85.
[5] Na cifra negra apenas cerca de 4% dos crimes chegam ao conhecimento do Estado.

2. O crime e suas modalidades no Brasil

Não se pode esquecer que o crime de aborto está inserido nos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal de Júri, e como tal não se vislumbra nenhuma modalidade culposa, (o que será tratado *a posteriori*). No máximo, pode-se olvidar a possibilidade do dolo eventual.

Considerando que o Direito Penal pátrio adota a teoria finalista da ação, e a conduta ou a omissão irão gerar a discussão da culpabilidade, não se pode esquecer que a única circunstância[6] que pode barrar a intenção, o *animus* do agente em interromper a citada gravidez, seria o crime impossível, disposto no artigo 17, do Código Penal[7], pois a impropriedade absoluta do meio ou do objeto impedem a produção do resultado.

É possível visualizar esta hipótese quando a gestante, de posse de substância que pode ser abortiva faz uso de tal medicamento, porém se equivocou pensando estar grávida e, de fato, não estaria. Ou, materialmente, quando se utiliza de um chá de ervas, por exemplo, cuja substância seja incapaz de provocar o aborto, mesmo estando efetivamente grávida, também não alcançaria o resultado, tornando o crime impossível.

Algumas perguntas devem ser feitas preliminarmente ao estudo de qualquer dos tipos de aborto em questão, sendo a mais importante é se a mulher está realmente grávida. O autor ou autores (se não for a própria gestante) tinha ou tinham conhecimento dessa gravidez, ou seria uma gravidez visível? A intenção do autor seria interromper a gravidez ou causar uma possível lesão na gestante (que seria o caso das lesões graves ou gravíssimas, conforme as modalidades existentes, tendo como vítimas mulheres grávidas).

Inicialmente, tem-se o chamado autoaborto, disposto no artigo 124, do Código Penal[8], sendo que nessa modalidade a gestante se torna autora e não vítima, e apenas o produto da concepção, (ovo, feto ou embrião, de acordo com o tempo de gestação, até três semanas, ou até três meses) seria a vítima.

---

[6] São determinados dados que agregados a figura típica fundamental tem a capacidade de aumentar ou diminuir as consequências jurídicas do crime, principalmente em relação à pena

[7] Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

[8] Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

Questiona-se se o Estado sempre seria vítima de qualquer dos crimes, pois quando se ataca a norma, se acata o bem social e o Estado seria sempre a primeira vítima de todos os crimes.

Neste tipo penal específico, a gestante pratica duas condutas: provoca aborto em si mesma ou permite que um terceiro o pratique.

Inicialmente, a gestante por intermédio de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do produto da concepção.[9] Nesta situação, vislumbra-se que a própria gestante, em tese sozinha, (pois se houver a participação de terceiro isso terá implicações para ele, em respeito à teoria unitária do crime), realizará as manobras abortivas sem auxilio direto de outro sujeito, ou seja, ela mesma faz uso de algum remédio, ou utiliza-se de objetos pontiagudos, tipo agulhas de crochê ou tricô, e acaba por interromper a gravidez, ou procura sobre uma queda voluntária de uma escada ou pratica um esporte de risco e acaba, dolosamente, causando a interrupção da gravidez.

Não se pode esquecer que não existe aborto culposo, que seria aquela situação em que a gestante sofre um acidente doméstico, ou se esforça muito limpando um local, pratica algum esporte sem intenção de abortar, etc., e sofre uma queda de uma escada, ou algo semelhante.

A primeira grande questão desse tipo penal é perguntar sobre a participação de terceiro neste crime. Deve ser lembrado aqui a utilização da teria monista[10], prevista no artigo 29, da parte geral do Código Penal, serve de norte a orientar, onde diz que aquele que, de qualquer forma contribuiu para o crime, vem responder às penas a **ele** (grifo nosso) culminadas, ou seja, todos os envolvidos deveriam responder pelo mesmo tipo penal, na medida de sua culpabilidade, ou seja, na medida do juízo de reprovação social.

Mas aqui se tem um dos poucos exemplos que poderá mudar, a depender do tipo de participação. Explica-se: se for entendido que se está tratando do primeiro tipo penal onde a gestante pratica sozinha o aborto e foi apenas indiretamente auxiliada por outra pessoa, como por exemplo, o pai da criança, que conseguiu o material para a prática criminosa e ela própria, sozinha, praticou a manobra, ou o terceiro induz, instiga ou auxilia de maneira secundária,

---

[9] JESUS, Damásio. ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte especial – crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva Jus, 2020. p. 147.

[10] Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 jul. 2024.

deve ser salientado o mais importante, de maneira alguma o terceiro pode executar, praticar qualquer manobra abortiva.

Seria o exemplo da gestante em dificuldade de utilizar dos aparatos para interromper a gravidez, e devido à dor ou a uma hemorragia, pede ao terceiro que continue a manobra. Neste caso, ele será enquadrado na segunda parte do artigo, ou seja, vai provocar o aborto com o consentimento da gestante e consequentemente responderá pelo artigo 126, do Código Penal, que é o aborto com o consentimento da gestante[11].

Importa lembrar que a quebra da teoria monista do crime, no concurso de pessoas, se dá em relação ao terceiro que diretamente auxilia a gestante; pois se for indireto, todos permanecerão no artigo 124, do Código Penal.

Já a gestante, nunca, repita-se, nunca, sairá do artigo 124, do Código Penal. Entretanto, nessa situação de auxílio de terceiro, ela cometeria a segunda parte que é consentir ou permitir que terceiro lhe provoque.

Outro exemplo seria a da participação desse crime da amiga que dá carona (sabendo do que irá ocorrer) para a gestante até uma clínica clandestina de aborto ou o namorado que dá o dinheiro para pagamento de um terceiro, que irá realizar a manobra abortiva.

Para Busato, o tipo penal é de conteúdo variável, pois admite a forma de provocação direta mediante ação da gestante, ou seu mero consentimento, sendo que no primeiro caso seria do tipo comissivo; enquanto no segundo, seria o comissivo por omissão, existindo por parte da gestante uma mera anuência, o que conduz a conclusão de que se trata de um crime de concurso necessário[12].

Já no artigo 125, do Código Penal, tem-se o aborto provocado sem o consentimento da gestante[13], sendo a pena muito maior, que pode chegar a dez anos.[14] A grande pergunta sempre estará no ápice desse artigo: quando se tem ou não o consentimento da gestante.

---

[11] Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

[12] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas S.A, 2014., p.91.

[13] Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

[14] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

Para discorrer sobre tal questão deve ser analisado o consentimento, a depender do ramo do Direito, pois sempre se questiona o silêncio no Direito Civil. O silêncio significa um não ou um sim? Eis a questão.

Para o Direito Penal, aparentemente, o legislador veio em seu auxílio, já apontando no parágrafo único do artigo 126, do Código Penal, algumas situações em que o autor deverá ser punido com a pena do artigo anterior, ou seja, como se não houvesse consentimento da gestante.

O primeiro questionamento será em relação à idade da gestante. Caso ela não seja maior de quatorze anos, será preciso analisar por analogia (apesar de o Direito Penal ser averso a esta análise) o que conceitua a chamada vulnerabilidade, hoje estabelecida no artigo 217-A, do Código Penal,[15] anteriormente, a presunção de violência (violência ficta) do já revogado artigo 224, do Código Repressor.

Atualmente, os Tribunais Superiores têm rechaçado a chamada teoria Romeu e Julieta, ou seja, existindo relação sexual ainda que com a anuência das vítimas, com namoro antecedente e consentimento dos pais, o Direito Penal entende que tais sujeitos não têm capacidade para anuir ou não, e ainda que consentindo, esta permissão não é válida[16].

Para o caso em tela, mesmo se a gestante concordar com a manobra abortiva, quem o fizer incorrerá na prática do crime de aborto, sem o consentimento da gestante. Segundo o entendimento de Magalhães Noronha, o menor de quatorze anos tem desenvolvimento mental incompleto, justificando a não aceitação da permissão. [17]

Vislumbra-se que a razão seria a imputabilidade da vítima[18]. Lembrando que neste caso, o Direito entende que se trata de um crime de dupla subjetividade passiva, ou seja, tem-se dois sujeitos passivos, duas vítimas, a gestante e o feto; sendo que a mãe não teria condições pessoais para validar sua autorização.

Quanto à fraude, seria ela uma forma de enganar essa gestante, como por exemplo, o marido ou alguém entregar-lhe um remédio abortivo como se fosse para amenizar um quadro de dor ou algo parecido; tem-se também o exemplo do pai da gestante, que não querendo que

---

[15] Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Traz o estupro de vulnerável, onde a primeira figura está relacionada à idade da vítima, então menor de 14 anos. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

[16] Teoria Romeu e Julieta: quando os envolvidos na relação sexual já possuem relacionamento anterior, inclusive com a anuência dos pais etc. e é de conhecimento público.

[17] NORONHA Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 61.

[18] Imputabilidade: conjunto de condições pessoais que dá ao agente capacidade de ser atribuído um fato definido como crime.

a filha seja mãe, consegue convencer o médico da família e de confiança da gestante que sua gestação é perigosa e deve ser interrompida.

Em relação à violência (*vis corporalis*), ela deve ser física e será comprovada mediante o laudo de exame de corpo de delito, pois a gestante será obrigada por força física, empurrada, esmurrada, sofrendo agressões em seu corpo, até mesmo poderá ser jogada para fora de veículos em movimento.

Talvez seja o tipo de não consentimento mais fácil de ser comprovado, ao contrário da violência ligada à ameaça (violência *vis compulsiva*), onde a gestante sofre ameaças sérias em relação a objetos jurídicos importantes, vida, saúde, ainda que em relação a terceiros.

Imagine que a gestante esteja grávida do namorado e já tenha um filho de relacionamento anterior, e o namorado não querendo que a gestação chegue a termo, ameaça a gestante, exigindo que ela se submeta ao abortamento ou então matará seu outro filho. Neste caso, ter-se-ia o não consentimento, apesar de ser uma prova bem complicada.

Por fim, se a gestante for alienada ou débil mental, sendo que tal fato deve ser comprovado mediante perícia médica, ou seja, laudo pericial. Importa destacar que tal fato pode estar relacionado a um possível estupro de vulnerável, pois se for considerado que a gestante era alienada e manteve relações sexuais, poderia incorrer no tipo penal previsto no art. 217-A, do Código Penal.

Para Fernando Galvao, ao determinar a aplicação da cominação estabelecida para o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, a legislação deixa claro, que nessas circunstâncias, o consentimento manifesto não será considerado válido.[19]

Antes que seja tratado sobre o tipo penal qualificado ou agravado (na verdade, seria somente agravado, pois aumenta-se a pena), deve ser citada a possibilidade de haver lesão corporal, grave e gravíssima, situações que podem confundir na hora de se definir o delito de aborto.

No primeiro caso, nas lesões graves, tem-se o resultado antecipação de parto [20] e nas lesões gravíssimas, o resultado aborto. E como diferenciá-los de aborto? O que pode ser feito para distingui-las seria definir se o autor sabia do estado gravídico da gestante ou se seu estado era aparente, notório etc... e qual o seu *animus*, sua intenção; pois, nos casos de lesão

[19] GALVÃO, Fernando. **Direito Penal***:* crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013. p.117.
[20] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 1º Se resulta: [...] IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2° Se resulta: [...] V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

corporal, o *animus* seria o *laedendi*, ou seja, intenção de ferir a gestante e não interromper a gravidez.

De forma específica, tem-se a chamada forma qualificada[21] que, para Luiz Regis Prado[22], o resultado mais grave é imputado ao agente a título de culpa[23]. Se abarcados pelo dolo, sendo direto ou eventual, haveria concurso formal de delito, aborto e lesão corporal grave ou homicídio consumados.

Não haveria tentativa de aborto qualificado, pois o crime qualificado pelo resultado não admite tentativa, sendo sempre consumado, porque o tipo em exame não exige a consumação do aborto.

Na prática, se está afirmando que, se em consequência do aborto à gestante ou dos meios que empregou, como por exemplo, medicamentos, instrumentos, ela veio a sofrer qualquer das lesões corporais estabelecidas no artigo 129, do Código Penal, tidas como graves ou gravíssimas, ou seja, a incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, teve uma hemorragia severa e correu risco de vida, teve debilidade, perda ou inutilização de membros sentidos ou função, dentre outras consequências, os autores podem responder pelo resultado qualificado.

Pelo que poderiam responder? A gestante nunca responderá pelo artigo 127 do Código Penal, por duas questões simples, no Direito Penal Brasileiro não se pune a autolesão, com exceção no Código Penal Militar (assim se for para escapar do serviço militar) e na possibilidade de praticar a autolesão para o crime de estelionato; e o segundo fundamento é que o artigo cita os dois artigos anteriores, que seriam o 126 e 125, do Código Penal, e é sabido que a gestante sempre incorrerá art. 124, do Código Penal.

E o terceiro, como será punido? Depende da culpabilidade e do seu comportamento. Se a gestante pede a casa emprestada para uma família para fazer o aborto e sofre lesão corporal grave, a amiga não responderá pelo artigo 127, do Código Penal, pois, na verdade, ela auxiliou indiretamente e portanto, como já visto, ficará incursa no artigo 124, do Código Penal. O artigo 127, do Código Penal, indica que para os dois artigos anteriores, e ela estaria

---

[21] Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

[22] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial (arts. 121 a 183). v. 2. São Paulo: RT, 2018, p. 98 e 99.

[23] Agravação pelo resultado - Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

art. 124, do Código Penal, portanto, exclui a possibilidade de punição pelo art. 127, do Código Penal.

Em havendo morte, pode a amiga responder por homicídio culposo por ter sido imprudente em ceder o local para a prática de um ato sempre perigoso, sempre partindo do princípio que a amiga saberia do ocorrido. Já o terceiro, que pratica ou auxilia diretamente na manobra abortiva, responderá pelo resultado qualificado.

3. Abortamento legal no ordenamento jurídico brasileiro

O chamado aborto legal se divide em dois tipos: necessário ou terapêutico, e humanitário ou sentimental. O artigo 128 do Código Penal assim determina: "Não se pune o aborto praticado por médico: se não há outro meio para salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz de seu representante legal"[24].

Importante ressaltar que em ambos os casos deve ser feito por médico, porque somente este profissional terá capacidade para verificar as circunstâncias que exigem intervenção médica e quais os procedimentos necessários para salvar a vida daquela gestante.

O aborto necessário ou terapêutico é aquele quando há intenção de salvar a vida da gestante. Para Cezar Roberto Bitencourt:

> no entanto, a despeito do artigo 128 não conter dirimentes de culpabilidade, escusas absolutórias ou mesmo causas extintivas de punibilidade convém ter presente que, como em qualquer crime, pode haver alguma excludente de culpabilidade, legal ou supralegal, quando por exemplo apresentar-se a gravidez e a necessidade ou possibilidade do aborto, mas faltar algum dos requisitos legalmente exigidos pela excludente especial, não haver médico disponível.[25]

Ou seja, por ser feito por qualquer um que tendo algum tipo de procedimento acabou por salvar a gestante e neste caso estar-se-ia diante das excludentes de culpabilidade da parte geral, como por exemplo inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a culpabilidade.

Já no caso de a gravidez ser decorrente de estupro, para o aborto não é necessário condenação criminal do suposto autor, nem sua identificação, não depende da existência de inquérito policial, lavratura de boletim de ocorrência, muito menos, uma ordem judicial.

---

[24] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.
[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 154-B) – crimes contra a pessoa. 18 ed. rev. ampl. e atual. v. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 194.

Por óbvio, é necessário que o médico tenha tranquilidade para interromper a gravidez com alguma garantia que não esteja sendo enganado para tal ato. Mas e se for o contrário? Ou seja, e se por acaso a namorada de um médico ficasse grávida e eles, não querendo assumir tal situação, decidissem pela prática abortiva e, em sendo descobertos, alegassem que ela teria sido vítima de estupro. Como ficaria esse caso? Salvo melhor juízo, ambos cometeriam crime de aborto, conforme as circunstâncias de sua realização, além de falsa comunicação de crime, caso o crime sexual não tenha ocorrido, de fato.

Existe ainda a possibilidade de realizar o procedimento no caso de feto anencéfalo, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em abril de 2012, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS): "a gestante tem liberdade para decidir se interrompe a gravidez caso seja constatada, por meio de laudo médico, a anencefalia do feto - condição caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana".[26]

No tocante aos casos de interrupção de gravidez em casos de anencefalia, autorizada por decisão do Supremo Tribunal Federal, e em consonância com o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09), foi editada a Resolução CFM nº 1989/2012. Assim, frente a um diagnóstico inequívoco de anencefalia, compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para o diagnóstico de anencefalia, realizado por meio de exame ultrassonográfico, uma vez que cabe ao médico a execução e a interpretação de tal exame e a emissão do cometente laudo. Diante disso, caberá à gestante decidir: "Art. 3º - §2º [...] I – manter a gravidez; II – interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento".[27]

---

[26] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 - DISTRITO FEDERAL. Min. Relator: Marco Aurélio. 12/04/2012. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 12 de abril de 2012. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

[27] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.989/2012. **Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/02/1989_20121.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

3.1. Direitos reprodutivos e direito ao aborto legal

Embora sejam todas hipóteses autorizadas por lei, esta não é uma decisão fácil. Em um primeiro momento, esbarra nos sentimentos e valores que acompanham a gestante. Mas a possibilidade de a mulher exercer livremente sua vontade, está atrelado à sua autonomia, sua capacidade de autodeterminação, devendo analisar o que considera bom ou não para si e decida-se a partir deste entendimento.

O reconhecimento dos direitos da mulher evidencia um caminho de muitas lutas e desafios. Por sua própria condição, como submissa e inferior ao homem, esta luta é mais antiga do que parece. Por óbvio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, deu novo rumo a essa discussão.

Importa destacar que até a Revolução Francesa, a mulher sequer era considerada enquanto sujeito de direitos. Então, como questionar desigualdades, se sequer se compreendia a ideia de que todos eram iguais?[28]

No período relativo às Grandes Guerras Mundiais, a mulher se inseriu no mercado de trabalho, considerando que os homens foram levados aos campos de batalha. E após as atrocidades havidas, era necessário reforçar a proteção aos direitos humanos, considerando cada indivíduo e sua dignidade, sem qualquer óbice ou discriminação por qualquer condição. Aí se insere a relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Considerando o caráter universal dos direitos humanos, para que se evidencie a igualdade entre os gêneros, há que se promover a educação para desconstruir padrões sociais e culturais, a fim de afastar esta ideia de superioridade de um gênero e a inferioridade de outro.[29] A discriminação, o preconceito, o tratamento diferenciado dispensado às mulheres não somente ferem o princípio da igualdade, mas também a própria dignidade da pessoa.

Assim, as questões relativas à mulher, sejam quanto à sua participação em sociedade, seja quanto ao reconhecimento e à garantia de seus direitos, foram sendo construídos ao longo da história. As grandes transformações sociais culminaram com o aparecimento de novos valores e isto, por conseguinte, resultou diretamente na evolução dos direitos das mulheres e no aprimoramento de sua proteção jurídica.[30]

Os movimentos sociais também devem ser destacados, pois foram de extrema importância para a construção destes direitos, pois, em diferentes momentos, temas tais como

---

[28] CHAKIAN, Silvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres***:* histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 5.
[29] Ibidem, p. 5.
[30] Ibidem, p. 132.

sexualidade, métodos contraceptivos e esterilização ganharam notoriedade. Procurava-se conscientizar as pessoas em geral e as próprias mulheres sobre o direito ao seu próprio corpo em relação a esta tomada de decisão. As questões então discutidas estavam relacionadas à saúde da mulher, mas também voltadas para a igualdade e não discriminação, direitos seus.

Outros documentos internacionais também devem ser destacados. A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), de 1979, "é identificada como a Carta internacional de direitos da mulher, por trazer a definição do que representa a discriminação contra a mulher e uma proposta de agenda para ações nacionais com o objetivo de eliminar a discriminação".[31]

No tocante aos direitos sexuais e reprodutivos, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), de 1994, no Cairo, tornou-se referência. Princípios nela previstos evidenciam essa relevância. Enquanto o Princípio 1 dispõe que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]", seu Princípio 4 é determinante para o tema aqui abordado: "[...] a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. [...]".[32]

O Capítulo VII, que trata dos Direitos de reprodução e saúde reprodutiva, dispõe em seu item 7.3:

> [...] Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. [...][33]

Também a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995, no que se refere à saúde da mulher, traz em item 96:

---

[31] BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Os direitos humanos na perspectiva de gênero: o mínimo existencial para a garantia da dignidade das mulheres. *In*: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (Coord.). **Direito das Mulheres**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.20.

[32] NAÇÔES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo – Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4293171/mod_resource/content/1/plano%20de%20ac%CC%A7a%CC%83o%20do%20Cairo.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

[33] *Idem.*

> Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências.[34]

Também a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, foi outro importante marco, dispondo sobre a intervenção de forma preventiva e protetiva em favor da mulher.[35]

No Brasil, a Reforma Sanitária incorporou preceitos de saúde sexual e reprodutiva, reforçando o disposto na Constituição de 1988, permitindo a discussão sobre aborto, contracepção, sexualidade e outros.[36]

3.3. O acesso ao procedimento de aborto legal no Brasil

Primeiramente, importa deixar claro que o tema aqui proposto se restringe às hipóteses de aborto legal. Ocorre que, mesmo legalmente autorizada a interromper a gestação, o acesso a este direito é geralmente negado ou, dificultado.

Ainda que se defenda que a mulher deve ter liberdade para escolher, e isto diz respeito à sua própria dignidade enquanto pessoa, a legislação brasileira protege o embrião e seu direito à vida, criminalizando a prática abortiva. E isto traz importantes reflexos também quando autorizado por lei.

No caso do aborto legal, a partir do momento que uma mulher decide pela prática abortiva, a ser realizada por médicos, verifica-se em muitos casos o desconhecimento da lei por parte destes profissionais, quando passam a solicitar autorizações não previstas em lei,

---

[34] NAÇOES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

[35] BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 15 set. 2024.

[36] FONSECA, Jamile Guerra. **Aborto legal no Brasil:** avanços e retrocessos. Curitiba: Appris, 2018. p. 24-25. Este movimento, nascido no início da década de 1970, se referia ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde, como um todo, em busca da melhoria das condições de vida da população. Importa destacar que as propostas da Reforma Sanitária resultaram, finalmente, na universalidade do direito à saúde, oficializado com a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). PORTAL DA REFORMA SANITÀRIA. Disponível em: https://portaldareformasanitaria.org/services/reforma-sanitaria/. Acesso em 15 set. 2024.

sendo que muitos sequer sabem das hipóteses de aborto legal. Isto quando estes profissionais não se negam a fazê-lo por questões de consciência, pautados em sua formação religiosa, ou outras questões de ordem moral e ética. Outros profissionais têm receio de serem processados, ou ainda a repercussão negativa que poderia decorrer do fato de seus nomes serem associados à prática abortiva.

Para Mendes, o direito de objeção de consciência encontra limites e não deve prevalecer quando prejudica a saúde de pessoas, a exemplo do risco de morte da gestante e abortamento permitido por lei. Por certo, a ausência de um profissional que realize o procedimento poderá agravar ou trazer sérias consequências à saúde da gestante.[37]

Segundo o Código de Ética Médica, capítulo I, art. VII: "o médico deve exercer a profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente".[38]

Assim, lhe é garantida a objeção de consciência e o direito a recusar a realização do abortamento, nos casos de gravidez resultante de violência sexual, mas constituindo um dever informar àquela gestante todos os direitos, garantindo-lhe o atendimento por outro profissional.

Entretanto, segundo a Norma Técnica, não há que se falar em direito de objeção de consciência quando houver:

> 1) risco de morte para a mulher; 2) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) profissional que o faça; 3) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) profissional; 4) no atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.[39]

---

[37] MENDES RWM, *et al*. Objeção de consciência na dinâmica do atendimento ao aborto legal em Minas Gerais. Femina, 2020; 48: 646-653. *Apud* JUNIOR. S. A., LIMAL. S., & MORAES, J. S. P. Aborto legal: uma revisão da perspectiva clínica e Jurídica no contexto da medicina. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 13, n. 11, e9258. Disponível em: https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/9258/5665. Acesso em 15 set. 2024.

[38] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.989/2012. **Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/02/1989_20121.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

[39] MINISTÉRIO DA SAÚDE PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES. **Norma Técnica.** 3. ed. atual. e ampl. 1. reimpressão. p. 75. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

Em 1991, surgiram normas e legislações sobre o aborto legal, como o PL 20/91, que dispunha sobre a obrigatoriedade de atendimento pelo SUS, sendo o serviço regulamentado em 1996 e, em 1998, consolidando-se com a norma técnica do Ministério da Saúde.[40]

Os serviços de aborto legal foram regulamentados no Brasil, em 1999, pela Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. Segundo a Norma Técnica:

> O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça.[41]

A Portaria MS/GM n° 1.508, do Ministério da Saúde, de 1° de setembro de 2005, estabelece os Procedimentos de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos no âmbito do Sistema Único de Saúde, a serem adotados pelos serviços de saúde para a realização do abortamento em situações de violência sexual, e incluem cinco diferentes termos:

> O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é documento imprescindível para a realização do abortamento. Deve constar a declaração da mulher e/ou de seu representante legal pela escolha da interrupção da gestação, ciente da possibilidade de manter a gestação até o seu término e das alternativas existentes nesse caso. Devem declarar conhecimento dos procedimentos médicos que serão adotados, bem como dos desconfortos e riscos possíveis para a saúde, formas de assistência e acompanhamentos posteriores. Deve constar que a mulher e/ou seu representante legal solicitam a interrupção da gestação e autorizam os profissionais de saúde a realizar os procedimentos necessários.
>
> O Termo de Responsabilidade é assinado pela mulher e/ou seu representante legal, onde declaram que as informações prestadas para a equipe de saúde correspondem à legítima expressão da verdade. Deve constar que os(as) declarantes estão cientes das consequências dos crimes de Falsidade Ideológica e de Aborto previstos pelos artigos 299 e 214 do Código Penal, respectivamente, assumindo a responsabilidade caso as informações prestadas não correspondam à verdade.

---

[40] FONSECA, Jamile Guerra. **Aborto legal no Brasil***:* avanços e retrocessos. Curitiba: Appris, 2018. p. 69-70.
[41] MINISTÉRIO DA SAÚDE PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES **Norma Técnica**. 3. ed. atual. e ampl. 1. reimpressão. p. 69. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

> O Termo de Relato Circunstanciado, a mulher e/ou seu representante legal devem descrever as circunstâncias da violência sexual sofrida que resultaram na gravidez. Sobre a violência sexual, deve constar a data, o horário aproximado, o local, e a descrição detalhada do ocorrido. Quanto ao autor da violência, deve especificar o número de envolvidos, se conhecido, a idade aparente, a raça, a cor dos cabelos, os trajes, sinais particulares, eventual grau de parentesco, e se o mesmo apresentava sinais de uso de álcool ou de drogas ilícitas. Deve acrescentar se o crime sexual foi ocasionalmente testemunhado por alguma pessoa.
>
> Parecer Técnico, assinado por médico, atestando a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual alegada, afastando-se a hipótese da gravidez decorrente de outra circunstância diferente da violência sexual.
>
> Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção de Gravidez, firmado pela equipe multiprofissional e pelo diretor ou responsável pela instituição. Todos os termos, devidamente assinados, devem ser anexados ao prontuário hospitalar e cópia de cada um deve ser entregue para a mulher e/ou seu representante legal (Anexo k). Os casos que não recebam aprovação devem ter motivos justificados e cuidadosamente registrados em prontuário hospitalar.[42]

Conforme se pode observar, a realização do abortamento não está condicionada à decisão judicial atestando a violência sexual. Também não é exigido alvará ou autorização judicial para a realização do procedimento, tampouco Boletim de Ocorrência Policial ou laudos de Exames de Corpo de Delito. Não se trata de dizer que tais exames não sejam relevantes para o deslinde da causa, mas aqui, especificamente, se está a tratar do abortamento. Não se pode negar o procedimento pela ausência destes documentos. Entretanto, o consentimento por escrito da gestante é imprescindível.

Portanto, privar uma mulher de seu direito a interromper a gestação, ou seja, direito à assistência e acesso a um serviço de saúde, naquelas hipóteses que a própria lei a autoriza, seria como negar-lhe a própria dignidade. Isto, sem considerar que em muitas vezes, a mulher sequer tem informação sobre as permissões acerca do aborto. Se a mulher que sofre violência sexual sofre lesões físicas, psicológicas e sociais; submetê-la a esta demora ou negação seria como violentá-la outra vez.

Ademais, em se negando o aborto legal, aumentam as chances para um aborto clandestino e inseguro. Principalmente, considerando mulheres negras, de baixa escolaridade e baixo poder aquisitivo, ou seja, já se tem um perfil definido. É sabido que o acesso à saúde é

---

[42] MINISTÉRIO DA SAÚDE PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES **Norma Técnica**. 3. ed. atual. e ampl. 1. reimpressão. p. 70-71. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

mais dificultoso para estas pessoas e quando prestado, é realizado de forma bastante precária. A subnotificação de dados dificulta precisar exatamente o percentual de casos havidos.[43]

Importa ainda destacar que, em 2005, foi editada uma Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento que, entretanto, não definiu parâmetros para a implantação do serviço.[44]

Entretanto, a realidade está muito distante do que se espera. O tema aborto, por si só, carrega estigmas, preconceitos e controvérsias. A exemplo disso, uma pesquisa realizada selecionando matérias publicadas em veículos de comunicação (Jornal Nacional, Jornal da Record, SBT Brasil, Agência Brasil, Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo, O Globo, Canção Nova e Gospel Mais), em um total de 409 publicações concluiu que: "87,5% das matérias publicadas nos portais religiosos são contrárias ao aborto, e 58,33% delas usam termos pejorativos para se referir ao aborto ou aos direitos sexuais e reprodutivos"[45], ressaltando que embora com formato de cunho jornalístico, aproveitavam para divulgar conteúdos pautados em crenças, questionando a ciência e não permitindo a manifestação de grupos religiosos com posicionamentos diferentes.[46]

O Ministério da Saúde registrou um crescimento de 71% de casos de abortos legais realizados pelo SUS, comparando o período entre 2018, quando foram feitos 1.570 procedimentos, e 2023, quando este número subiu para 2.687.[47] Este percentual acompanha o aumento existente nos casos de estupro ocorridos no mesmo período, na ordem de 14%, e registrados no Ministério de Justiça e Segurança Pública: em 2018, foram registrados 71,6 mil estupros e, em 2023; 81,6 mil.[48]

---

[43] Percentual (%) de mulheres que tentaram aborto através de substâncias tóxicas segundo raça/cor e faixa etária (2012 – 2022): Preta: 10 – 14 anos – 6%; 15 – 19 anos – 22%; 20 – 39 anos – 65%; 40 e mais – 6%. Parda: 10 – 14 anos – 3%; 15 – 19 anos – 29%; 20 – 39 anos – 56%; 40 e mais – 12%. Branca: 10 – 14 anos – 6%; 15 – 19 anos – 26%;20 – 39 anos – 56%; 40 e mais – 12%. INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Policy Brief Justiça Reprodutiva** – Aborto no Brasil: inseguro, ilegal e criminalizado. Associação de Pesquisa Iyaleta, 2023. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/policy-brief-justica-reprodutiva-aborto-no-brasil-inseguro-ilegal-e-criminalizado/. Acesso em: 10 set. 2024.

[44] Ibidem, p. 70.

[45] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção Humanizada Abortamento**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

[46] INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **O corpo é nosso: a cobertura da mídia religiosa e tradicional sobre direitos sexuais e reprodutivos**. Intervozes, 2023. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/o-corpo-e-nosso-a-cobertura-da-midia-religiosa-e-tradicional-sobre-direitos-sexuais-e-reprodutivos-intervozes-2023/. Acesso em 10 set. 2024.

[47] REDAÇÂO TERRA VOCÊ. Em 5 anos, cresce número de abortos legais realizados pelo SUS; casos de estupro também: procedimento é realizado em situações específicas, como estupro, e necessita de ordem judicial. Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/em-5-anos-cresce-numero-de-abortos-legais-realizados-pelo-sus-casos-de-estupro-tambem,366a11a553d91b82cc2b1fc82d6e6c7e0e8msvr1.html. Acesso em 15 set. 2024.

[48] Idem.

O Brasil, no ano de 2023, registrou 74.930 estupros, sendo 56.820 deles contra vulneráveis. É sabido que a gravidez decorrente de estupro autoriza o aborto. Entretanto, segundo o Ministério da Saúde, no mesmo período foram realizados 2.687 casos de aborto legal. Deste total, 140 casos foram de meninas até 14 anos de idade, sendo 291 abortos, de meninas na faixa etária de 15 a 19 anos.[49]

O aborto, nestes casos, deveria ocorrer o mais rapidamente possível, mas as próprias desigualdades sociais se prestam a retardar este prazo. A falta de conhecimento por parte das vítimas, de educação sexual propriamente dita, sem contar que muitas demoram a se perceberem grávidas, o que acaba por justificar esta demora em procurar ajuda. E pela pouca idade, elas estão mais sujeitas a complicações e risco de morte.

Mas mulheres adultas também têm dificuldade para realizar o procedimento. São vítimas do sistema de saúde em si, bem como do Judiciário. Existe grande dificuldade em se observar o período de 22 semanas, uma vez que a disponibilidade do serviço é insuficiente. Poucos são os municípios que disponibilizam, há demora no agendamento de consultas e lentidão na decisão por parte dos profissionais de saúde, que não raro, desconhecem o procedimento e se deixam levar por suas crenças ideológicas. Sequer têm conhecimento que o aborto legal deve ser garantido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Novos dados apontam que, em 2023, cerca de 1.074 mulheres; 36,2% de todos os 2.963 procedimentos registrados no país, precisaram deixar suas cidades e muitas, até seus estados, em busca do aborto legal.[50]

Segundo o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), em abril de 2024, embora constem 158 serviços habilitados para a interrupção legal da gravidez no Brasil, cerca de 1,9% das 5.570 cidades brasileiras, nem todos de fato realizam o aborto.[51]

Na verdade, faltam instituições, equipamentos e profissionais preparados, não somente para realizar o procedimento, como para acolher estas mulheres. A demora neste atendimento faz com que seja ultrapassado o prazo então reconhecido como ideal, as vinte e duas semanas de gestação, em se tratando de crianças e adolescentes, vítimas de estupro,

---

[49] FERREIRA, Luiz Cláudio. **Aborto legal**: falhas na rede de apoio penalizam meninas e mulheres. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-06/aborto-legal-falhas-na-rede-de-apoio-penalizam-meninas-e-mulheres. Acesso em: 10 set. 2024.

[50] YONESHIGUE, Bernardo. **Aborto legal**: 1 a cada 3 mulheres precisou sair de sua cidade para realizar o procedimento em 2023 - São Paulo, Recife, Rio e Belém são as cidades que mais receberam mulheres de outro município; cenário leva à interrupção em fases mais avançadas da gestação. Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2024/06/15/aborto-legal-1-a-cada-3-mulheres-precisou-sair-de-sua-cidade-para-realizar-o-procedimento-em-2023.ghtml. Acesso em 15 set. 2024.

[51] Idem.

observa-se até uma demora em identificar a gravidez, que muitas vezes, é descoberta tardiamente.

Em junho de 2024, o assunto ganhou destaque, após um projeto que criminaliza abortos em gestações superiores a 22 semanas ser aprovado em regime de urgência na Câmara dos Deputados. Este texto equipara aborto a crime de homicídio, mesmo quando a gestação for resultado de um estupro, uma vez que ocorra em período superior ao mencionado. Trata-se do Projeto de Lei 1.904/2024, que também aumenta a pena prevista para o crime de estupro de vulnerável, passando a ser de oito a 15 anos de reclusão. Pune-se, inclusive, o médico. [52]

É sabido que para a Saúde, o abortamento consiste na interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana de gestação. A partir da identificação do período gestacional, será decidido o método a ser utilizado. Segundo a Norma Técnica aplicável ao tema, não se cogita o abortamento a partir da 22ª semana.

Em abril de 2024, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 2.378/2024, regulamentando o ato médico de assistolia fetal, para interrupção da gravidez, nos casos de aborto previsto em lei oriundos de estupro, limitando-o até o período de 22 semanas de gestação.[53]

Entretanto, tal Resolução está suspensa em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 1141), até que seja julgada, em definitivo, a ação.

Neste sentido, foi decidido:

> [...]Ao limitar a realização de procedimento médico reconhecido e recomendado pela Organização Mundial de Saúde, inclusive para interrupções de gestações ocorridas após as primeiras 20 semanas de gestação (WHO. Clinical practice handbook for quality abortion care. Geneva: World Health Organization, 2023, p. 21), o Conselho Federal de Medicina aparentemente se distancia de standards científicos compartilhados pela comunidade internacional, e, considerada a normativa nacional aplicável à espécie, transborda do poder regulamentar inerente ao seu próprio regime autárquico, impondo tanto ao profissional de medicina, quanto à gestante vítima de um estupro, uma restrição de direitos não prevista em lei, capaz de criar embaraços concretos e significativamente preocupantes para a saúde das mulheres (Commitee on the Elimination of Discrimination against Women, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009) [...][54]

---

[52] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1904, de 2024**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493. Acesso em 10 set. 2024.

[53] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.378/2024. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em 10 set. 2024.

[54] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.141/DF**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6895912. Acesso em 15 set. 2024.

Por tudo que foi exposto, é possível verificar que ao definir um padrão de atendimento a estas mulheres grávidas, vítimas de violência sexual, acabará por garantir-lhes um pouco de dignidade nesta difícil tomada de decisão. Conforme anunciado, não se trata se estender a prática para outras hipóteses, mas somente garantir o que a lei já autoriza.

Decidir pela prática abortiva, nas hipóteses autorizadas, não é decisão simples a ser tomada. Aquela gestante, ainda que vítima de violência ou diante de um risco concreto à sua vida, deverá decidir pela interrupção da gestação. O fato de a lei autorizar não implica dizer que ela seguirá por este caminho. A questão aqui é defender que ela tem este direito de escolha, que a lei lhe autoriza decidir.

Mas independentemente de qual seja sua decisão, é certo que ela deva ser acolhida e protegida, recebendo o devido atendimento médico e psicológico. Se a lei estabelecesse padrões para este atendimento, por certo obrigaria a todos os envolvidos dispensar tratamento mais humanizado a estas gestantes.

Considerações finais

O aborto, seja criminoso ou legal, é tema bastante complexo, que sempre gera debates acalorados, pois ultrapassa a esfera jurídica, abarcando valores religiosos, éticos, políticos e sociais. Por esta razão, procurou-se tratar o tema a partir da análise jurídica, ainda que mencionados os demais aspectos, em havendo necessidade.

Historicamente, o crime de aborto no Brasil passou por transformações na forma de ser tratado, considerando o Código Criminal do Império (1830), até o atual Código Penal.

Não é diferente em outros países, seja na forma como é disposto, autorizado ou proibido por lei, seja quanto aos sistemas regulatórios atrelados ao período gestacional, levados em consideração para a realização da prática abortiva.

Foi abordado acerca do aborto, enquanto crime, disposto nos artigos 124 ao 127 do Código Penal, figurando como crime doloso contra a vida e da competência do Tribunal de Júri.

Também foram tratadas as hipóteses de aborto autorizadas por lei, em conformidade com o Art. 128 do Código Penal, bem como o caso de anencefalia, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, sendo indubitável que em qualquer modalidade, estão presentes discordâncias, frente à complexidade do tema.

Quanto às hipóteses de aborto legal foram mencionados os documentos existentes, seja no âmbito da Medicina, sejam aqueles decorrentes do Ministério da Saúde, em forma de Normas Técnicas. Entretanto, os poucos procedimentos que versam sobre o tema não são suficientes para dar o devido amparo e acolhimento às gestantes que decidem pela prática, então autorizada por lei, sendo submetidas à imensa burocracia, fazendo exceder o período gestacional recomendado para um procedimento mais seguro.

Tema bastante sensível diz respeito à gravidez decorrente de violência sexual, pondo em xeque os direitos da mulher frente ao direito à vida daquele feto. É certo que a conquista destes direitos é resultado de muita luta, mas sendo todos os direitos fundamentais e inerentes à natureza humana, há que se ter cuidado e zelo nesta análise, sem distanciar-se de parâmetros legais.

Assim, considerando os procedimentos existentes, conclui-se pela necessidade de uma padronização, atrelada a parâmetros legais, garantindo às gestantes que decidem pela prática abortiva, nas hipóteses autorizadas, atendimento mais humanizado e digno.

Bibliografia

ALMEIDA JUNIOR. S., LIMAL. S., & MORAES, J. S. P. Aborto legal: uma revisão da perspectiva clínica e Jurídica no contexto da medicina. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 13, n. 11, e9258. Disponível em: https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/9258/5665. Acesso em 15 set. 2024.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Os direitos humanos na perspectiva de gênero: o mínimo existencial para a garantia da dignidade das mulheres. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (Coord.). **Direito das Mulheres**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 154-B) – crimes contra a pessoa. 18 ed. rev. ampl. e atual. v. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 15 set. 2024.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1904, de 2024**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493. Acesso em 10 set. 2024.

CHAKIAN, Silvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres***:* histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012. **Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/02/1989_20121.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.378/2024**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em 10 set. 2024.

FERREIRA, Luiz Cláudio. **Aborto legal**: falhas na rede de apoio penalizam meninas e mulheres. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-06/aborto-legal-falhas-na-rede-de-apoio-penalizam-meninas-e-mulheres. Acesso em 10 set. 2024.

FONSECA, Jamile Guerra. **Aborto legal no Brasil***:* avanços e retrocessos. Curitiba: Appris, 2018.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal***:* crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **O corpo é nosso: a cobertura da mídia religiosa e tradicional sobre direitos sexuais e reprodutivos**. Intervozes, 2023. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/o-corpo-e-nosso-a-cobertura-da-midia-religiosa-e-tradicional-sobre-direitos-sexuais-e-reprodutivos-intervozes-2023/. Acesso em 10 set. 2024.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Policy Brief Justiça Reprodutiva** – Aborto no Brasil: inseguro, ilegal e criminalizado. Associação de Pesquisa Iyaleta, 2023. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/policy-brief-justica-reprodutiva-aborto-no-brasil-inseguro-ilegal-e-criminalizado/. Acesso em 10 set. 2024.

JESUS, Damásio. ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte especial – crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: Norma Técnica. 3. ed. atual. e ampl. 1. reimpressão Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção humanizada ao abortamento**: Norma Técnica. 2. ed. Brasília, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

MUNOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte especial. 18 ed. Tirant lo blanch, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995**. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4293171/mod_resource/content/1/plano%20de%20ac%CC%A7a%CC%83o%20do%20Cairo.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

NORONHA Edgard Magalhaes. **Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

PORTAL DA REFORMA SANITÁRIA. Introdução. Disponível em: https://portaldareformasanitaria.org/services/reforma-sanitaria/. Acesso em 15 set. 2024.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial (arts. 121 a 183). v. 2. São Paulo: RT, 2018.

REDAÇÂO TERRA VOCÊ. Em 5 anos, cresce número de abortos legais realizados pelo SUS; casos de estupro também: procedimento é realizado em situações específicas, como estupro, e necessita de ordem judicial. Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/em-5-anos-cresce-numero-de-abortos-legais-realizados-pelo-sus-casos-de-estupro-tambem,366a11a553d91b82cc2b1fc82d6e6c7e0e8msvr1.html. Acesso em 15 set. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Min. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf. Acesso em 15 set. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.141/DF**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6895912. Acesso em 15 set. 2024.

YONESHIGUE, Bernardo. **Aborto legal**: 1 a cada 3 mulheres precisou sair de sua cidade para realizar o procedimento em 2023 - São Paulo, Recife, Rio e Belém são as cidades que mais receberam mulheres de outro município; cenário leva à interrupção em fases mais avançadas da gestação. Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2024/06/15/aborto-legal-1-a-cada-3-mulheres-precisou-sair-de-sua-cidade-para-realizar-o-procedimento-em-2023.ghtml. Acesso em 15 set. 2024.

DIREITO AO CUIDADO E DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA

GIULIANA DEBIAZI TOMAZ DE SOUZA

Analista judiciária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pós-Graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EPD. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

Resumo: O artigo examina o direito ao cuidado sob a ótica da pessoa com deficiência, com base em abordagem crítica e normativa que articula fundamentos jurídicos, desafios estruturais e boas práticas internacionais. Reconhece o cuidado como direito humano relacional, conforme a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), e destaca sua relevância para a dignidade, autonomia e inclusão social. A análise interseccional evidencia como gênero, deficiência, raça e pobreza afetam o acesso e a oferta de cuidado. O estudo aponta os impactos da ausência de políticas públicas de assistência pessoal e explora experiências exitosas de sistemas de cuidado, especialmente no Uruguai, Argentina, Canadá e Espanha. Conclui-se que a efetivação do direito ao cuidado exige o reposicionamento ético-jurídico do Estado, o reconhecimento do valor do trabalho de cuidado e a construção de sistemas intersetoriais, universais e inclusivos, com base na corresponsabilidade social e no respeito à diversidade.

Palavras-chave: Direito ao cuidado; pessoa com deficiência; políticas públicas; inclusão; interseccionalidade.

Abstract: This article examines the right to care from the perspective of people with disabilities, through a critical and normative approach that connects legal foundations, structural challenges, and successful international practices. It frames care as a relational human right, as recognized by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), and emphasizes its role in promoting dignity, autonomy, and social inclusion. Through an intersectional analysis, it highlights how gender, disability, race, and poverty intersect to affect both access to and provision of care. The study also discusses the socioeconomic impacts of the absence of public policies for personal assistance and explores

successful care systems, particularly in Uruguay, Argentina, Canada, and Spain. The article concludes that realizing the right to care requires an ethical and legal repositioning of the State, the recognition of care work's value, and the development of intersectoral, universal, and inclusive systems grounded in social co-responsibility and respect for diversity.

Keywords: Right to care. People with disabilities. Public policies. Inclusion. Intersectionality.

Introdução

O cuidado, historicamente relegado ao espaço privado e associado à feminilidade e à informalidade, emerge no cenário contemporâneo como eixo estruturante para a realização dos direitos humanos e da justiça social. Sua centralidade tornou-se inescapável diante das transformações demográficas, das dinâmicas de envelhecimento populacional e da crescente mobilização em torno da economia do cuidado, especialmente no Sul Global. No Brasil, esse debate adquire contornos próprios ao se entrelaçar com os marcadores da desigualdade estrutural – notadamente o gênero, a deficiência, a raça e a pobreza – revelando a urgência de políticas públicas que reconheçam o cuidado como dever do Estado e expressão concreta da cidadania.

O reconhecimento do cuidado como um direito humano relacional – que abrange igualmente o direito de cuidar, de receber cuidados e de cuidar de si – encontra respaldo nos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, particularmente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), incorporada ao ordenamento jurídico com status de emenda constitucional. Sob esse paradigma, a deficiência não é reduzida a uma condição médica ou funcional, mas é compreendida como fenômeno relacional, resultante da interação entre impedimentos e barreiras sociais, urbanísticas, comunicacionais e atitudinais. A ausência de suporte adequado, nesses termos, constitui violação de direitos e obstáculo à participação plena na sociedade.

A institucionalização forçada, a invisibilização das cuidadoras informais – em sua maioria mulheres negras e pobres – e a ausência de sistemas públicos de apoio comprometem diretamente os princípios da dignidade, da igualdade material e da vida independente. Por isso, o direito ao cuidado da pessoa com deficiência não pode ser tratado como medida assistencial, mas como componente essencial das políticas públicas voltadas à inclusão, à autonomia e à reparação histórica de desigualdades interseccionais.

Este capítulo propõe uma abordagem crítica e normativa do direito ao cuidado das pessoas com deficiência, analisando seus fundamentos jurídicos, suas interfaces com a desigualdade de gênero, os impactos da ausência de políticas estruturadas e as boas práticas internacionais. A análise culmina com a promulgação da Lei nº 14.811/2024, que institui a Política Nacional de Cuidados no Brasil, a qual, ainda que em estágio inicial de implementação, consolida juridicamente o cuidado como responsabilidade coletiva e direito universal, abrindo caminhos para uma nova gramática de proteção social, compatível com os compromissos constitucionais e internacionais assumidos pelo país.

1. O cuidado como direito humano

O reconhecimento do cuidado como um direito humano tem ganhado crescente respaldo em instâncias internacionais, consolidando-se como um eixo central para a promoção da igualdade e do bem-estar social. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece que todo ser humano tem direito a um padrão de vida adequado à sua saúde e bem-estar, o que inclui serviços essenciais de cuidado[1]. Essa compreensão foi aprofundada em documentos como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)[2] e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)[3], que enfatizam a necessidade de políticas de cuidado inclusivas e igualitárias.

Do ponto de vista normativo, diversos países da América Latina avançaram na institucionalização do cuidado como direito humano. Equador e Venezuela, por exemplo, já reconhecem explicitamente o trabalho de cuidado em suas Constituições, garantindo acesso a seguridade social para aqueles que desempenham essas funções. No Brasil, a recente aprovação da Lei nº 15.069/2024 revela a crescente preocupação com o tema no planejamento das políticas públicas voltadas à política de cuidados.

O cuidado abarca dimensões fundamentais da vida, como a assistência a crianças, idosos, pessoas com deficiência e indivíduos em situações de vulnerabilidade. No contexto das discussões recentes, o parecer consultivo solicitado pela Argentina à Corte Interamericana de Direitos Humanos busca esclarecer o alcance mínimo do direito ao cuidado, consolidando-

[1] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: https://www.un.org/pt/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Acesso em: 28 mar. 2025.
[2] BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm Acesso em: 28 mar. 2025.
[3] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.Acesso em: 28 mar. 2025.

o como uma obrigação dos Estados no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos[4]. Esse movimento reflete uma crescente demanda por marcos normativos que assegurem a universalidade do cuidado e a corresponsabilidade social na sua provisão.

O papel das cuidadoras ditas "naturais", atribuído quase exclusivamente às mulheres e meninas, impõe uma sobrecarga de trabalho que restringe suas oportunidades, limita suas escolhas e compromete o exercício pleno de seus direitos. Esse cenário constitui um obstáculo significativo à igualdade de gênero, ao empoderamento feminino e à autonomia das mulheres. Diante desse quadro, torna-se imperativo adotar estratégias que promovam a valorização, redistribuição e redução do trabalho de cuidado não remunerado, garantindo que essa responsabilidade fundamental seja compartilhada de maneira equitativa entre o Estado, o setor privado, a comunidade, os lares e entre homens e mulheres.

Dessa forma, a concepção do cuidado como direito humano implica não apenas no reconhecimento das necessidades dos indivíduos que demandam assistência, mas também na proteção daqueles que prestam esse suporte, garantindo-lhes condições dignas e políticas que favoreçam sua inclusão social e econômica. Esse modelo reafirma o papel do Estado na regulação e promoção de políticas de cuidado baseadas na equidade e na justiça social.

No âmbito das políticas públicas, busca-se a delimitação conceitual e a implementação de medidas voltadas à organização do trabalho de cuidado e assistência às pessoas em situação de dependência. Esse conceito abarca não apenas as ações que possibilitam a realização de atividades básicas, instrumentais e avançadas da vida diária por pessoas que necessitam de apoio, mas também a garantia de condições adequadas para aqueles que prestam esses cuidados. Dessa forma, as políticas de cuidado devem assegurar o acesso a serviços, tempo e recursos necessários para que todas as pessoas possam tanto cuidar quanto ser cuidadas em condições de dignidade e igualdade.

O reconhecimento do cuidado como um direito fundamental das pessoas tem sido reiterado por diversas instâncias internacionais. No âmbito da “Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe”, os governos da região destacaram a função social essencial dos cuidados para a reprodução e a sustentação da vida e do bem-estar coletivo. Nesse contexto, a “Estratégia de Montevidéu” insta os governos a promoverem políticas de cuidado baseadas na corresponsabilidade entre homens e mulheres, assegurando a autonomia das mulheres e a justa organização social dos cuidados.

---

[4] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

Esse compromisso foi reafirmado na XIV Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em janeiro de 2020, em Santiago do Chile, por meio do Compromisso de Santiago. Esse documento destaca expressamente a necessidade de

> adotar políticas contracíclicas sensíveis às desigualdades de gênero, a fim de mitigar os impactos das crises e recessões econômicas sobre a vida das mulheres, além de fomentar marcos normativos e políticas que impulsionem a economia em setores-chave, incluindo a economia do cuidado[5].

O direito ao cuidado possui três dimensões de igual importância[6]. O direito de fornecer cuidados, reconhecendo que todas as pessoas, como seres sociais com múltiplas identidades e interseccionalidades, prestam apoio e cuidados a outras e devem ser apoiadas para fazê-lo sem serem expostas a desigualdades e violações de direitos.

O direito de receber cuidados, considerando os beneficiários do apoio e dos cuidados como sujeitos de direitos, que devem exercer sua autonomia e agência em relação ao suporte que recebem, e não como receptores passivos. E por fim, o direito ao autocuidado, reconhecendo-se a importância de ter tempo, espaço e recursos para cuidar de si mesmo.

Uma alternativa teórica e prática aos modelos tradicionais de cuidado é o denominado modelo dos Três Rs, que compreende três pilares interdependentes: reconhecimento, redistribuição e redução do trabalho de cuidado não remunerado. O reconhecimento implica atribuir valor social e econômico a esse trabalho, evidenciando sua centralidade para a reprodução social, a coesão econômica e o desenvolvimento sustentável. A redistribuição visa promover uma divisão mais equitativa das responsabilidades de cuidado entre homens e mulheres, bem como entre famílias, comunidades, setor privado e Estado. Por fim, a redução está associada à mitigação das desigualdades estruturais por meio de investimentos públicos em serviços de cuidado acessíveis e de qualidade, além da implementação de políticas sociais e de infraestrutura que sejam inclusivas e sustentáveis[7].

O modelo dos Cinco Rs, desenvolvido conjuntamente pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela ONU Mulheres, constitui uma ampliação da abordagem das Três Rs, ao incorporar dois novos eixos que visam aprofundar a valorização do trabalho de cuidado. Às dimensões do reconhecimento, da redistribuição e da redução,

---

[5] ONU MULHERES. **Compromisso de Santiago** – Um instrumento regional para responder à crise da COVID-19 com igualdade de gênero. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/bbe74a91-4af5-424f-b97f-b86a75d4fd93/content.

[6] CEPAL. **O cuidado na América Latina e no Caribe em tempos de COVID-19**. Santiago: CEPAL, 2021. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/46603. Acesso em: 28 mar. 2025.

[7] ELSON, Diane. Recognize, reduce, and redistribute unpaid care work: how to close the gender gap. **New Labour Forum**, New York, v. 26, n. 2, p. 52–61, Spring 2017.

somam-se agora a recompensa e a representação. A recompensa refere-se à garantia de condições dignas de trabalho para as pessoas que exercem atividades de cuidado, inclusive trabalhadores migrantes, reconhecendo a essencialidade desse trabalho para o funcionamento da sociedade. A representação, por sua vez, enfatiza a importância de assegurar a participação efetiva desses trabalhadores nos espaços de diálogo social e nas negociações coletivas, de modo a garantir a proteção de seus direitos e o atendimento de suas reivindicações[8].

Esses marcos conceituais estruturam a organização social, política e administrativa dos sistemas de cuidados, aplicáveis a diferentes contextos, por meio de um modelo de corresponsabilidade social que demanda esforços conjuntos das famílias, comunidades, setor privado e Estado.

O setor privado desempenha um papel essencial nesse processo ao investir em serviços e infraestrutura de apoio de qualidade, promover condições dignas de trabalho para profissionais do setor de cuidados e incentivar a inclusão de pessoas com deficiência no ambiente laboral. Paralelamente, organizações sem fins lucrativos complementam as iniciativas públicas e privadas ao mobilizar recursos comunitários e ampliar o acesso a serviços de apoio, especialmente para populações em situação de vulnerabilidade.

A transformação dos sistemas de apoio e cuidados exige a participação ativa de todos os atores envolvidos, incluindo aqueles que, em algum momento da vida, possam necessitar de cuidado ou assistência. Homens e mulheres com deficiência, de todas as idades – crianças, jovens e idosos –, devem ter voz nos debates políticos e nos processos de reforma, contribuindo para a construção de políticas mais inclusivas e alinhadas às necessidades reais da sociedade.

2. Economia do Cuidado e a Pessoa com Deficiência

A trajetória do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil remonta à década de 1980, período marcado pelo processo de redemocratização e pela crescente mobilização social em torno dos direitos fundamentais. Foi nesse contexto que se iniciaram as primeiras articulações voltadas à construção de um movimento político estruturado, congregando entidades representativas de pessoas com deficiência física, pessoas cegas, pessoas surdas e do movimento de reintegração de pessoas atingidas pela hanseníase.

[8] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Care work and care jobs for the future of decent work**. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/publications/major-publications/care-work-and-care-jobs-future-decent-work. Acesso em: 3 abr. 2025.

A designação de 1980 como "Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD)" pela Organização das Nações Unidas (ONU) impulsionou essa organização, conferindo maior visibilidade à pauta e fortalecendo a reivindicação por políticas públicas inclusivas. Desde sua origem, esse movimento já incorporava os fundamentos do modelo social da deficiência, rejeitando a perspectiva assistencialista e caritativa que historicamente caracterizou a abordagem estatal.

Com o advento da Assembleia Nacional Constituinte, consolidou-se a articulação necessária para assegurar que os direitos das pessoas com deficiência fossem tratados de forma transversal na Constituição Federal de 1988, evitando que fossem restritos a um capítulo específico e mantendo a lógica de proteção pautada na dignidade e na igualdade de condições.

Desde a promulgação da Constituição, o Brasil passou a adotar políticas públicas voltadas à promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Destacam-se, nesse percurso, a consolidação de diretrizes de inclusão com a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, o incentivo à permanência de estudantes na escola regular por meio da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, e o apoio financeiro garantido pela LOAS e pelo BPC. Também merecem destaque a criação da CORDE, responsável por articular ações governamentais, e o CONADE, que fortaleceu a participação social na formulação e no controle de políticas públicas voltadas a essa população.

Esse percurso de mobilização resultou em avanços significativos no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência e na estruturação de políticas públicas voltadas à sua inclusão. Um dos marcos dessa evolução foi a elevação do órgão coordenador da política ao status de Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (SNPD), vinculada ao Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, fortalecendo a governança pública voltada ao segmento.

A ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) pelo Brasil em 2008 – com status de emenda constitucional – representou um ponto de inflexão para as políticas públicas, consolidando o paradigma dos direitos humanos e uma nova concepção de deficiência. De acordo com a CDPD, a deficiência não deve ser vista como um atributo estritamente individual, mas sim como um fenômeno relacional, em que barreiras físicas, comunicacionais e atitudinais limitam a participação plena da pessoa na sociedade, em igualdade de condições com os demais. Essa abordagem impõe aos Estados-parte a obrigação de revisar e modificar legislações, políticas e práticas que perpetuem

discriminações baseadas na deficiência e que sejam incompatíveis com o novo paradigma emancipatório.

Nesse contexto, destacam-se iniciativas como a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008), que impulsionou a matrícula de estudantes com deficiência na escola regular, garantindo recursos e estratégias pedagógicas adequadas, e o Programa "BPC na Escola" (2007), que identificou crianças e adolescentes beneficiários do Benefício de Prestação Continuada (BPC) que estavam fora do ambiente escolar e atuou na remoção das barreiras que impediam sua inclusão educacional.

Em 2011, foi lançado o Plano Viver sem Limite, a Política Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, coordenada por 15 ministérios e prevendo um investimento de R$ 7,6 bilhões ao longo de três anos. O programa estruturou suas ações em quatro eixos: acesso à educação, inclusão social, acessibilidade e atenção à saúde. No âmbito da inclusão social, foram implementadas residências inclusivas e centros-dia de referência, voltados a assegurar o direito à vida em comunidade e a evitar processos de institucionalização, especialmente para pessoas que demandam maior apoio e que, ao longo da vida, encontraram barreiras que dificultaram sua participação social.

A promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), em 2015, consolidou e harmonizou o ordenamento jurídico brasileiro aos princípios da CDPD. Além de prever medidas de acessibilidade, inclusão e igualdade de oportunidades, a LBI trouxe inovações importantes no tocante à capacidade jurídica das pessoas com deficiência e à criminalização da discriminação baseada na deficiência. No que se refere à definição e à avaliação da deficiência para fins de acesso a políticas públicas, a LBI reafirma o princípio da interação entre impedimentos individuais e barreiras sociais, garantindo que a elegibilidade para benefícios e serviços não se baseie exclusivamente em um diagnóstico clínico, mas sim na identificação das barreiras que restringem a participação plena da pessoa com deficiência na sociedade.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua[9], trouxe um panorama detalhado sobre a situação das pessoas com deficiência no Brasil, evidenciando desigualdades estruturais e suas interseções com raça, gênero e classe social. Segundo os dados, o país possui mais de 18,6 milhões de pessoas com deficiência, das quais 57,7% são mulheres e 58,1% se autodeclaram

[9] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br. Acesso em: 18 mar. 2025.

pretas ou pardas, demonstrando que a deficiência não pode ser analisada isoladamente, mas sim como um fator que interage com outras formas de desigualdade social.

A Pesquisa Nacional de Saúde de 2019[10] corrobora essa análise ao revelar diversas barreiras enfrentadas por essa população, especialmente no acesso à educação e à tecnologia. No campo educacional, observa-se um cenário de baixa escolaridade, caracterizado pela exclusão progressiva à medida que se avança nos níveis de ensino. Essa realidade demonstra que o acesso à educação não é equitativo, sendo sistematicamente restringido para pessoas com deficiência.

Além disso, as desigualdades digitais também se fazem presentes. O acesso à tecnologia por essa população é significativamente inferior ao da população sem deficiência, comprometendo sua participação em diversos âmbitos da vida social, incluindo o acesso a serviços públicos online. Entre os 73,2 milhões de domicílios analisados, 19,8% possuem pelo menos um morador com deficiência, e em 11,8% desses lares, a pessoa responsável pelo domicílio também apresenta deficiência. Esses dados revelam a complexidade dos arranjos familiares e a interdependência das dinâmicas de cuidado no contexto da deficiência.

De acordo com a análise do IBGE, em relação ao nível de instrução da população com 25 anos ou mais revela uma desigualdade ainda mais profunda: 63,3% das pessoas com deficiência não possuem instrução formal ou têm apenas o ensino fundamental incompleto, enquanto esse percentual é de 29,9% entre pessoas sem deficiência. Dessas, apenas 18,6% das pessoas com deficiência concluíram o ensino médio, enquanto 36,4% das pessoas sem deficiência atingiram esse nível educacional;

No ensino superior, a discrepância é ainda mais acentuada: somente 7% das pessoas com deficiência possuem graduação completa, contrastando com os 20,9% das pessoas sem deficiência.

Os dados evidenciam que o acesso à educação para pessoas com deficiência é progressivamente restringido ao longo dos níveis de ensino, tornando-se uma barreira estrutural que impacta diretamente sua inclusão social e econômica. O predomínio de baixos níveis educacionais reflete um padrão sistemático de exclusão, comprometendo as oportunidades de inserção no mercado de trabalho e dificultando a construção da autonomia financeira dessa população.

---

[10] IBGE. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019: percepção do estado de saúde, estilos de vida, doenças crônicas e saúde bucal**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101764.pdf. Acesso em: 28 mar. 2025.

Essa realidade reforça a compreensão da deficiência como um eixo estruturante da matriz de desigualdade social na América Latina, conforme apontado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe[11]. As consequências dessa exclusão reverberam diretamente na participação das pessoas com deficiência na dinâmica econômica e social, perpetuando um ciclo de dependência e vulnerabilidade que precisa ser enfrentado no desenvolvimento da Política Nacional de Cuidados.

Pode-se inferir pela análise desses marcadores, que a exclusão educacional das pessoas com deficiência não apenas compromete sua autonomia e acesso ao mercado de trabalho, mas também impacta diretamente a organização social do cuidado, perpetuando um modelo em que essa população é sistematicamente colocada em situação de dependência, em vez de ser reconhecida como sujeito de direitos, plenamente capaz de exercer sua autodeterminação e participar ativamente da sociedade.

Ainda na análise do PNAD (IBGE, 2022), se constata um dado alarmante: pessoas com deficiência apresentam menor propensão a viver em união em todas as faixas etárias analisadas, e essa diferença se acentua com o avançar da idade. Entre 15 e 29 anos, 20,6% das pessoas com deficiência vivem em união, comparadas a 28% das pessoas sem deficiência. Essa disparidade cresce significativamente entre 30 e 59 anos (58,6% contra 71,4%) e torna-se ainda mais expressiva entre pessoas com 60 anos ou mais (44,6% contra 60,5%).

Além disso, quando se observa o estado civil, constata-se uma menor proporção de pessoas com deficiência casadas (38,5%) em comparação àquelas sem deficiência (40,4%). Por outro lado, há uma presença expressivamente maior de pessoas com deficiência viúvas (19,5%), em contraste com 4,7% das pessoas sem deficiência, o que pode ser parcialmente explicado pela maior concentração desse grupo entre a população idosa. Outro dado relevante é a maior incidência de divórcios, separações e desquites entre pessoas com deficiência (8%), superando o percentual observado entre aquelas sem deficiência (6,4%).

Esses números sugerem que barreiras sociais, culturais e estruturais contribuem para o isolamento progressivo das pessoas com deficiência, especialmente à medida que envelhecem. A necessidade de apoio e cuidado, que se intensifica com o tempo, impacta diretamente a dinâmica dos relacionamentos, seja dificultando a formação de novas uniões ou comprometendo a estabilidade das já existentes.

[11] CEPAL. **Estudo Econômico da América Latina e do Caribe 2016:** A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e os desafios do financiamento para o desenvolvimento. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicacoes/40328-estudo-economico-america-latina-caribe-2016-agenda-2030-o-desenvolvimento.

No entanto, o aspecto mais marcante dessa realidade é o viés de gênero associado à desigualdade na divisão do trabalho de cuidado. Os dados demonstram que o impacto do isolamento social e do rompimento de vínculos conjugais é ainda mais acentuado para as mulheres com deficiência. Essa disparidade pode ser atribuída às expectativas de papéis sociais historicamente construídas, segundo as quais a mulher é vista como a principal responsável pelo cuidado de terceiros. Assim, quando a mulher demanda cuidado e não se encaixa nesse papel tradicional, ela se torna significativamente mais vulnerável ao abandono.

Esse fenômeno evidencia o peso do trabalho de cuidado como um fator de desigualdade estrutural de gênero. Enquanto homens com deficiência ainda mantêm, em maior proporção, seus relacionamentos conjugais, mulheres com deficiência enfrentam um cenário de maior instabilidade e exclusão, refletindo a desigualdade na distribuição das responsabilidades de cuidado na sociedade. A mulher que necessita de suporte para suas atividades diárias muitas vezes deixa de ser vista como uma "provedora" de cuidado e, consequentemente, perde valor social dentro das relações conjugais e familiares.

Essa realidade reforça a urgência de políticas públicas que promovam a corresponsabilidade social do cuidado, garantindo suporte não apenas para quem cuida, mas também para quem demanda cuidado. A implementação de serviços e políticas que reduzam a sobrecarga desproporcional imposta às mulheres e que assegurem autonomia e qualidade de vida às pessoas com deficiência é essencial para romper esse ciclo de exclusão e desigualdade. Sem medidas estruturais que enfrentem essas disparidades, a organização social do cuidado continuará reproduzindo um modelo excludente, que penaliza mulheres, especialmente aquelas com deficiência, e reforça um sistema de proteção social insuficiente e desigual.

Nesse sentido, o direito ao cuidado na perspectiva das pessoas com deficiência constitui um pilar essencial para a garantia de sua dignidade e qualidade de vida. Com a superação do modelo médico pela adoção do modelo social e de direitos humanos, a deficiência deixa de ser concebida como uma característica estritamente individual e passa a ser reconhecida como uma dimensão inerente à diversidade humana. Essa mudança de paradigma evidencia que as limitações físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais não podem ser analisadas de forma isolada, mas sim em sua interação com as barreiras estruturais, sociais e culturais impostas pela sociedade.

Nessa perspectiva, o direito ao cuidado deve ser compreendido como um suporte essencial para a autonomia da pessoa com deficiência, afastando abordagens paternalistas centradas na figura de quem presta o cuidado. A oferta de suporte deve ser pautada por uma

abordagem centrada na pessoa, respeitando suas necessidades individuais e assegurando sua plena participação social. Além disso, deve ser sensível às especificidades de idade e gênero, garantindo que a assistência proporcionada não apenas reduza desigualdades, mas também fortaleça a autodeterminação e promova a inclusão plena dessas pessoas no tecido social.

Os modelos tradicionais de cuidados, desenvolvidos nas décadas de 1950, 1960 e 1970, são caracterizados por serem centrados no cuidador, e que geralmente colocam os beneficiários dos cuidados como receptores passivos, sem autonomia para controlar ou direcionar os cuidados que recebem, o que leva à perda de autonomia, ao empobrecimento econômico, à segregação e ao isolamento em instituições ou lares familiares.

Além disso, esses modelos operam sob o pressuposto estereotipado de que os homens ganham renda e as mulheres fornecem cuidados gratuitamente ou a baixo custo, comprometendo a igualdade de direitos das mulheres e meninas, inclusive sua participação na educação, no mercado de trabalho, na vida pública e no direito ao descanso e lazer. Notadamente, o modelo tradicional de cuidados gera uma assimetria de poder entre o cuidador e a pessoa que recebe o cuidado, favorecendo práticas paternalistas que aumentam o risco de violência, exploração e abuso.

Segundo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, direitos econômicos e sociais incluem o acesso a serviços de saúde, educação, assistência social e outros essenciais para garantir o bem-estar das pessoas.

Dessa concepção, bem como de diversos compromissos nacionais e internacionais, extrai-se o dever amplo dos Estados de assegurar os meios necessários para que pessoas com deficiência, em todas as fases da vida, tenham acesso aos cuidados de que necessitam, bem como aos suportes indispensáveis para uma vida independente na comunidade. Isso inclui o direito a assistência pessoal e a políticas públicas que possibilitem o custeio desta forma de suporte.

Relatório recente publicado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos destaca diretrizes relevantes sobre sistemas de suporte voltados à inclusão comunitária de pessoas com deficiência, especialmente no contexto do pós-pandemia de COVID-19. O documento compila recomendações do Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, responsável por monitorar a implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e identifica elementos-chave para o fortalecimento de

políticas públicas de apoio, com vistas a garantir o direito à vida independente e à inclusão plena na comunidade[12].

O relatório do Comitê da ONU reafirma que sistemas de apoio e cuidados são essenciais para que as pessoas com deficiência possam participar plena, ativa e significativamente da sociedade, com escolhas iguais às dos demais, e para que vivam com dignidade, autonomia e independência, conforme reconhecido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Eles permitem que crianças com ou sem deficiência se desenvolvam, cresçam em uma família, aprendam e brinquem; possibilitam que adultos com deficiência tomem suas próprias decisões, exerçam seus direitos e vivam de forma independente em suas comunidades; garantem a participação ativa de pessoas idosas com ou sem deficiências; reduzem fundamentalmente as desigualdades de gênero; e permitem que cuidadores tenham acesso ao direito à educação, saúde, trabalho e segurança social.

Para pessoas com alto nível de necessidade de apoio, os sistemas de apoio e cuidados são uma condição indispensável para a realização das atividades diárias. Sem tais sistemas, pessoas com deficiência correm o risco de cair na pobreza e na exclusão, de sofrerem violência, exploração e abuso, de viverem em isolamento ou de serem institucionalizadas.

A carência de políticas públicas eficazes voltadas à garantia do direito ao cuidado acentua as desigualdades sociais preexistentes e compromete de maneira significativa a autonomia das pessoas com deficiência. Segundo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[13], as mulheres dedicam, em média, três vezes mais tempo ao trabalho de cuidado não remunerado do que os homens, o que reduz suas oportunidades no mercado de trabalho, impacta negativamente sua renda e contribui para a perpetuação de ciclos de pobreza e exclusão social.

A pandemia de COVID-19 agravou ainda mais esse cenário. Em 2021, a taxa de participação feminina no mercado de trabalho brasileiro atingiu seu patamar mais baixo em três décadas, resultado direto da intensificação das responsabilidades domésticas e da ausência de mecanismos estatais de apoio.

---

[12] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Support systems to ensure community inclusion of persons with disabilities, including as a means of building forward better after the coronavirus disease (COVID-19) pandemic (A/HRC/52/52)**. Genebra: ONU, 2023. Disponível em: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/614/72/pdf/g2261472.pdf?OpenElement. Acesso em: 3 abr. 2025.

[13] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Relatório Global sobre o Trabalho de Cuidado e suas Implicações para o Mercado de Trabalho**. Genebra, 2023. Disponível em: https://www.ilo.org. Acesso em: 18 mar. 2025.

Ademais, a falta de políticas estruturadas de assistência pessoal afeta diretamente a efetividade do direito à vida independente e à autonomia das pessoas com deficiência, em afronta aos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[14].

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2023) adverte que a ausência de suporte adequado às pessoas com deficiência pode culminar em sua institucionalização forçada, em manifesta violação aos princípios consagrados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)[15]. Tal cenário evidencia a urgência da implementação de sistemas públicos de cuidado pautados na inclusão, na autonomia e na dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, experiências internacionais exitosas demonstram a viabilidade da estruturação de políticas públicas de cuidado equitativas e eficazes. É o caso do Sistema Nacional Integrado de Cuidados do Uruguai e do Sistema Integral de Cuidados da Argentina, que adotam abordagens intersetoriais e de corresponsabilidade social como pilares para garantir o direito ao cuidado como direito humano fundamental.

A efetivação do direito ao cuidado revela-se, assim, condição essencial para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva. Ao promover a corresponsabilidade entre Estado, comunidade, setor privado e famílias, esse direito assegura a participação plena das pessoas com deficiência na vida comunitária e contribui para a desconstrução de padrões excludentes historicamente perpetuados.

Nesse contexto, destaca-se que o artigo 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, o que compreende, ainda que de forma implícita, a responsabilidade compartilhada no cuidado e proteção dos filhos[16]. O "direito ao cuidado", enquanto direito de prover e receber suporte, vincula-se diretamente a essa previsão, estendendo-se às fases de convivência conjugal e após sua dissolução.

Contudo, a realidade prática revela que as mulheres seguem sobrecarregadas com as responsabilidades de cuidado, especialmente quando envolvem filhos, pais ou cônjuges com deficiência. Essa distribuição desigual decorre da interseção entre papéis sociais de gênero e a

---

[14] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Relatório Global sobre o Trabalho de Cuidado e suas Implicações para o Mercado de Trabalho**. Genebra, 2023. Disponível em: https://www.ilo.org. Acesso em: 18 mar. 2025.

[15] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.Acesso em: 28 mar. 2025.

[16] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

estrutura econômica patriarcal, segundo a qual às mulheres caberia o cuidado do lar e da família, enquanto aos homens se atribuiriam os deveres de provimento econômico.

No exercício do cuidado, as mulheres enfrentam restrições à sua autonomia econômica, vivenciam situações de discriminação de gênero, têm limitada sua inserção e permanência no mercado de trabalho, além de estarem mais expostas à violência, dependência econômica e exclusão social. A sobrecarga, imposta de maneira desproporcional, compromete também a capacidade das mulheres de cuidar de si mesmas, criando um ciclo de vulnerabilidade.

No caso das mulheres com deficiência, esses efeitos se agravam pela sobreposição de estigmas. Os estereótipos de gênero somam-se aos preconceitos ligados à deficiência, produzindo consequências ainda mais profundas: muitas vezes, essas mulheres são vistas como incapazes de exercer cuidado, inclusive de si mesmas, e como indignas de autonomia, sendo frequentemente impedidas de exercer o próprio direito ao cuidado.

A oferta de cuidado e suporte deve, portanto, decorrer de uma escolha consciente das famílias, estruturada sob a lógica da igualdade de gênero. É fundamental assegurar que todas as mulheres, com ou sem deficiência, possam prestar e receber cuidado sem ter de renunciar às suas aspirações pessoais, profissionais e sociais.

Isso inclui o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos de mães com deficiência, especialmente daquelas com deficiência intelectual, bem como o direito de exercer a maternidade em igualdade de condições com os demais. Cabe ao Estado garantir serviços de apoio à parentalidade que respeitem as vontades e preferências dessas mães, assegurando o exercício da maternidade sem substituí-las ou subestimá-las.

Dessa premissa, extrai-se o dever estatal de adotar ações afirmativas e medidas compensatórias que promovam uma distribuição mais equânime das responsabilidades de cuidado. Tais medidas incluem: horários flexíveis de trabalho, jornadas reduzidas, licenças parentais estendidas, tratamento previdenciário favorável a cuidadores, entre outras iniciativas que contribuam para a superação dos estigmas de gênero e da divisão desigual do trabalho reprodutivo.

Nesse sentido, destaca-se o recente avanço na Argentina[17], que reconheceu o direito à aposentadoria das mulheres que dedicaram suas vidas ao cuidado dos filhos. A medida permite o cômputo do tempo dedicado ao cuidado materno para fins de aposentadoria,

[17] DIÁLOGOS DO SUL. Argentina passa a considerar cuidado materno como “trabalho” e garante direito à aposentadoria de 155 mil mulheres. Disponível em: https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/argentina-passa-a-considerar-cuidado-materno-como-trabalho-e-garante-direito-a-aposentadoria-de-155-mil-mulheres/.

beneficiando aquelas que atingiram a idade mínima, mas não o tempo de contribuição exigido.

Apesar de o trabalho de cuidado desempenhar papel central nas dinâmicas econômicas e de reprodução social, sua invisibilização histórica compromete diretamente a garantia de direitos das pessoas com deficiência, que dependem de sistemas adequados para o exercício de sua autonomia, autodeterminação e inclusão comunitária.

3. Impactos socioeconômicos da ausência de políticas públicas adequadas de assistência pessoal

Dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram que, em todos os países do mundo, sem exceção, as mulheres continuam a assumir a maior parte do trabalho de cuidado não remunerado. Segundo relatório publicado em 2019, as mulheres dedicam, em média, 3,2 vezes mais tempo a essas atividades do que os homens, o que corresponde a 4 horas e 25 minutos por dia (ou 265 minutos), enquanto os homens destinam apenas 1 hora e 23 minutos diários (ou 83 minutos)[18].

Quando esse cenário é projetado para uma análise anual, a disparidade torna-se ainda mais evidente: as mulheres acumulam, ao longo de um ano, o equivalente a 201 dias úteis de trabalho não remunerado, ao passo que os homens somam apenas 63 dias úteis. Trata-se de uma desigualdade estrutural com impactos diretos sobre o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, à educação, à renda e ao exercício de sua autonomia econômica e pessoal[19].

No contexto da América Latina e do Caribe, a persistência das desigualdades na distribuição do trabalho de cuidado é evidenciada por dados do "Observatório da Igualdade de Gênero da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe" (CEPAL), que apontam que as mulheres seguem dedicando, em média, mais do que o triplo do tempo dos homens às atividades de cuidado não remunerado.

Corroborando essa constatação, levantamento realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) revela que, nos países da região, a participação feminina no trabalho doméstico e de cuidado não remunerado varia entre 69% e 86%, configurando uma sobrecarga desproporcional que compromete a autonomia econômica das mulheres,

---

[18] OIT. **Trabalho de cuidado e trabalhadores do cuidado para um futuro com trabalho decente**. Genebra: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_633135/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.
[19] Idem.

dificulta sua inserção e permanência no mercado de trabalho e limita sua participação na vida pública[20].

A inserção contínua das mulheres no mercado de trabalho decorre tanto de processos emancipatórios e mudanças culturais quanto da necessidade de estratégias de subsistência em cenários de crise econômica. Paralelamente, observa-se uma transformação na estrutura dos lares e uma diversificação dos modelos familiares, com um número crescente de mulheres assumindo a responsabilidade econômica de seus domicílios. Esse fenômeno ocorre em um contexto de intensificação dos fluxos migratórios, que impactam diretamente as cadeias globais de cuidado.

Diante desse novo cenário, o modelo tradicional pautado na figura do "homem provedor" e da "mulher cuidadora", baseado na divisão sexual do trabalho, não apenas se mostra anacrônico e desconectado das novas configurações familiares, como também revela-se insustentável frente às realidades socioeconômicas da América Latina e do Caribe.

Essa transformação, todavia, não se traduziu em avanços proporcionais na equidade de gênero no mercado de trabalho. Apesar dos progressos registrados nas últimas décadas no que tange à ampliação da participação feminina, as desigualdades persistem de forma estrutural.

Segundo relatório conjunto da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde os anos 1990 a taxa média de atividade das mulheres na região aumentou de 41% para 52% em 2018. No entanto, esse percentual ainda se mantém 25 pontos percentuais inferior à taxa de atividade masculina, evidenciando um desequilíbrio que compromete os princípios de igualdade de oportunidades e de justiça social[21].

De acordo com relatório, a maior inserção feminina no trabalho remunerado não resultou na redistribuição equitativa das responsabilidades domésticas e de cuidado, o que gerou um efeito de pobreza de tempo. Ainda que as mulheres tenham ampliado sua participação na esfera produtiva, a carga de trabalho de cuidado em seus lares permaneceu

---

[20] COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES. **COVID-19 na vida das mulheres: emergência global dos cuidados**. Washington, D.C.: Organização dos Estados Americanos, 2020. p. 15. Disponível em: https://www.oas.org/es/cim/docs/CuidadosCOVID19-ES-Corto.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

[21] CEPAL; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conjuntura laboral na América Latina e no Caribe: evolução e perspectivas da participação laboral feminina na América Latina**. Santiago: CEPAL/OIT, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/coyuntura-laboral-américa-latina-caribe/WCMS_725432/lang--es/index.htm . Acesso em: 3 abr. 2025.

praticamente inalterada, evidenciando a ausência de políticas eficazes de corresponsabilidade social e de gênero[22].

Nesse mesmo sentido, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em relatório sobre pobreza extrema e direitos humanos, reconheceu que a distribuição desigual das tarefas de cuidado constitui um dos principais entraves à igualdade de gênero, afetando de forma desproporcional as mulheres, sobretudo aquelas em situação de pobreza e vulnerabilidade social (AGNU, 2013).

Esses dados demonstram que as desigualdades no campo do cuidado antecedem e explicam parte das assimetrias de gênero no acesso e no exercício de direitos fundamentais. A atribuição social historicamente conferida às mulheres como principais provedoras de cuidado e responsáveis pelo trabalho doméstico não remunerado comprometeu — e ainda compromete — sua plena inserção no mercado formal de trabalho, além de limitar sua autonomia econômica. Ademais, impõe severas restrições ao tempo disponível para o lazer, a educação, a participação política e o autocuidado, perpetuando ciclos de exclusão e vulnerabilidade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao tratar dos direitos econômicos, sociais e culturais das mulheres, destaca que a sobrecarga decorrente das funções de cuidado e da ausência de políticas redistributivas restringe a plena realização dos direitos fundamentais femininos, contribuindo para a reprodução da desigualdade de gênero na região (CIDH, 2011).

A distribuição desigual do trabalho de cuidado não apenas perpetua as desigualdades de gênero e socioeconômicas, como também produz efeitos adversos significativos sobre o crescimento econômico, a estrutura do mercado de trabalho e os níveis de produtividade das empresas. Essa assimetria limita o pleno aproveitamento do potencial humano, impacta a competitividade econômica e aprofunda os ciclos de exclusão social.

Diante desse cenário, torna-se imperativo reconhecer, redistribuir e valorizar o trabalho de cuidado como um elemento estruturante das economias contemporâneas e como condição necessária à promoção da justiça social e da igualdade de gênero. Conforme destacam a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o cuidado deve ser entendido como uma responsabilidade coletiva, cuja redistribuição entre Estado, setor privado, comunidade e famílias é

[22] OIT. **Trabalho de cuidado e trabalhadores do cuidado para um futuro com trabalho decente**. Genebra: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_633135/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.

indispensável para viabilizar modelos sustentáveis de desenvolvimento (OIT; PNUD, 2009, p. 13).

Segundo estimativas da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a contribuição econômica do trabalho de cuidado não remunerado varia entre 15,9% e 25,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nos países da região, revelando sua relevância estratégica para o funcionamento das economias nacionais.

Nesse mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que, se fosse atribuído um valor monetário às horas dedicadas ao cuidado não remunerado em nível global, tal atividade corresponderia a aproximadamente 9,0% do PIB mundial, evidenciando o caráter estrutural e econômico desse tipo de trabalho[23].

Na Argentina, por exemplo, a medição realizada pelo Ministério da Economia da Nação apontou que o trabalho doméstico e de cuidado não remunerado representa 15,9% do PIB nacional, configurando-se como o setor de maior contribuição econômica do país, superando inclusive segmentos produtivos tradicionais, o que reforça a necessidade de sua valorização e integração nas políticas macroeconômicas[24].

Diante de tal cenário, torna-se fundamental analisar como diferentes países têm estruturado seus sistemas de apoio e cuidado, especialmente aqueles voltados à inclusão e à promoção da autonomia das pessoas com deficiência, como forma de garantir equidade, participação cidadã e justiça social.

4. Boas práticas e experiências exitosas internacionais em políticas de apoios e cuidados para pessoas com deficiência

Há uma crescente conscientização sobre as transformações demográficas e socioeconômicas que reconfiguram os contextos de cuidado em escala global. Entre os fatores centrais estão o envelhecimento populacional, a redução da composição familiar tradicional, a diminuição da força de trabalho ativa, a crescente inserção das mulheres no mercado de

[23] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho de cuidado e trabalhadores do cuidado para um futuro com trabalho decente**. Genebra: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_633135/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2025. COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES (CIM). **COVID-19 na vida das mulheres: emergência global dos cuidados**. Washington, D.C.: Organização dos Estados Americanos, 2020. p. 15. Disponível em: https://www.oas.org/es/cim/docs/CuidadosCOVID19-ES-Corto.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

[24] MINISTÉRIO DA ECONOMIA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Los cuidados**: un sector económico estratégico. Medición de la contribución del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado al Producto Interno Bruto. Buenos Aires: Ministerio de Economía, 2020. p. 10. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

trabalho e a globalização das relações laborais. Esses fenômenos evidenciam a urgência de investimentos em sistemas abrangentes de apoio e cuidado, capazes de responder às novas demandas sociais de forma equitativa e sustentável.

A combinação entre o aumento da longevidade, a prevalência de doenças crônicas e deficiências e a retração dos modelos familiares tradicionais amplifica a demanda por cuidados de longa duração[25]. Ao mesmo tempo, a redução da força de trabalho disponível impõe uma sobrecarga às mulheres – especialmente às mais velhas – que são pressionadas a conciliar responsabilidades de cuidado não remunerado com atividades de geração de renda, em um cenário de fragilidade institucional. Tais mudanças estruturais apontam para o que organismos internacionais vêm qualificando como crise global dos cuidados, marcada pelo aumento da demanda, insuficiência de respostas estatais e reprodução de desigualdades de gênero e sociais[26].

A problemática do financiamento dos sistemas de apoio e cuidados agrava esse cenário. Em muitos países, notadamente aqueles de baixa e média renda, os serviços de apoio são subfinanciados, fazendo com que as pessoas com deficiência dependam quase exclusivamente do suporte familiar, muitas vezes não reconhecido institucionalmente. Como resultado, as famílias são deixadas sem assistência financeira, orientação técnica ou suporte institucional para garantir cuidados de qualidade. Essa omissão pode culminar em práticas paternalistas, comprometendo a autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência[27].

Apesar dos desafios, há evidências robustas de que investir em sistemas de apoio e cuidados gera benefícios econômicos e sociais de longo prazo. Tais investimentos impulsionam a criação de empregos, contribuem para o crescimento econômico e promovem a redução das desigualdades de gênero no mercado de trabalho. Ademais, a valorização das condições de trabalho e da remuneração nesse setor pode atrair maior participação masculina, contribuindo para a desconstrução da divisão sexual do trabalho.

Garantir acesso a suporte e cuidados adequados é também condição essencial para a inclusão plena das pessoas com deficiência em espaços como a educação, o mercado de trabalho e as atividades econômicas. Nesse sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) reconhece que sistemas de apoio e cuidados são

---

[25] WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Lessons for Long-Term Care Policy**. Geneva: WHO, 2002. p. 11. Disponível em: https://iris.who.int. Acesso em: 3 abr. 2025.
[26] Idem.
[27] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Diretrizes sobre apoio para a vida independente e inclusão na comunidade**. Genebra: ONU, 2017.

instrumentos imprescindíveis para a igualdade de gênero, para o enfrentamento de estereótipos e práticas discriminatórias, e para a efetivação dos direitos das mulheres ao trabalho, à educação, à saúde e à proteção social.

Na mesma linha, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reafirma que tais sistemas desempenham papel crucial na promoção da igualdade entre homens e mulheres, na desinstitucionalização de crianças com ou sem deficiência, no respeito ao direito ao trabalho de cuidadores e no apoio às pessoas idosas para que possam viver de forma independente na comunidade.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável também reforça a centralidade dos cuidados ao estabelecer, como princípio transversal, que ninguém deve ser deixado para trás. O acesso a apoio e cuidado é fundamental para o alcance de diversos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), notadamente: erradicação da pobreza (ODS 1), saúde e bem-estar (ODS 3), educação inclusiva (ODS 4), igualdade de gênero (ODS 5), trabalho decente (ODS 8), redução das desigualdades (ODS 10) e cidades e comunidades sustentáveis (ODS 11).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) fornece uma estrutura normativa abrangente para a implementação de sistemas de apoio e cuidados, baseando-se no modelo de igualdade inclusiva, que incorpora quatro dimensões: redistributiva (socioeconômica), reconhecimento (combate a estigmas e preconceitos), participativa (reconhecimento da pessoa como sujeito social) e reconhecimento da diferença como valor da dignidade humana. O apoio aparece como obrigação transversal da CDPD, nos termos do artigo 4(1)(g) e (h), sendo exigido em diversos dispositivos relacionados a direitos fundamentais, como a capacidade legal (art. 12), vida independente e inclusão comunitária (art. 19), educação (art. 24), trabalho (art. 27) e proteção social (art. 28)[28].

A oferta de cuidado, nessa perspectiva, não deve ser concebida como fardo, mas como uma atividade socialmente valorizada, que deve ser apoiada pelo Estado, pela sociedade civil, pelas famílias e pelo setor privado. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos destaca que, mesmo em países de alta renda, os sistemas de apoio frequentemente são baseados em modelos caritativos ou médicos, enquanto em países de baixa e média renda prevalecem transferências monetárias a famílias, sem estrutura de suporte

[28] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.Acesso em: 28 mar. 2025.

adequado. É fundamental, portanto, reconhecer e apoiar cuidadores não remunerados, mediante formação, orientação técnica e respaldo institucional[29].

Neste contexto, diversos atores e organismos internacionais vêm propondo novos modelos de organização do cuidado, estruturados sob os princípios da igualdade de gênero, justiça social, universalidade e corresponsabilidade. Ao longo dos últimos 15 anos, os países da América Latina têm avançado significativamente na formulação de políticas públicas de cuidado, com a celebração de seis acordos regionais que consolidam esses princípios como diretrizes estruturantes para o desenvolvimento de sistemas de cuidados mais equitativos e inclusivos.

No mesmo período, consolidou-se a vigência da CDPD, que no Brasil possui status constitucional, assegurando força normativa superior às suas disposições. A ampla adesão da região ao tratado reforça o compromisso com a inclusão e os direitos das pessoas com deficiência, exigindo dos Estados reformas legislativas, institucionais e culturais para sua plena implementação.

A transição do modelo de substituição da vontade para o modelo de apoio à tomada de decisão, previsto na CDPD, representa uma mudança paradigmática e exige que o cuidado seja compreendido como um direito relacional, que envolve simultaneamente os direitos de quem cuida e de quem é cuidado. A efetivação desse paradigma requer a construção de sistemas públicos de apoio e cuidados baseados na autonomia, interdependência e justiça distributiva, sendo dever do Estado assegurar sua universalidade, integralidade e equidade.

A análise de experiências internacionais exitosas demonstra que é possível implementar modelos inclusivos, culturalmente sensíveis e juridicamente consistentes de cuidados. O Sistema Integral de Cuidados da Argentina (SINCA), por exemplo, reconhece as pessoas com deficiência como sujeitos de cuidado e como cuidadores, prevendo assistência pessoal domiciliar, apoio à parentalidade, formação de cuidadores com enfoque no modelo social e promoção da empregabilidade de pessoas com deficiência. A política é acompanhada por ferramentas como o Mapa Federal do Cuidado e campanhas de enfrentamento ao capacitismo.

No Chile, a “Red Local de Apoyos y Cuidados” articula serviços intersetoriais para atender pessoas com dependência funcional e seus cuidadores, valorizando o binômio cuidado-cuidador como unidade de atenção.

---

[29] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Diretrizes sobre apoio para a vida independente e inclusão na comunidade**. Genebra: ONU, 2017.

Em Bogotá (Colômbia), o Sistema Distrital de Cuidados integra centros comunitários, inclusão produtiva e ações com foco em mulheres com deficiência, combinando serviços presenciais, mobilização territorial e formação cidadã com perspectiva interseccional.

Na Costa Rica e na República Dominicana, destacam-se centros integrados de atendimento à pessoa com deficiência, enquanto o Uruguai, por meio do Sistema Nacional Integrado de Cuidados, instituiu subsídios diretos para contratação de assistentes pessoais, com planos individualizados centrados na autonomia da pessoa.

Fora da América Latina, a província de Ontário (Canadá) adota o modelo de financiamento direto ao beneficiário, que administra os recursos e contrata seus cuidadores, fortalecendo a personalização do cuidado e a autonomia. Na Comunidade de Madri (Espanha), há combinação entre serviços públicos e subsídios ao cuidado informal, com ênfase na profissionalização e valorização do trabalho do cuidado.

Essas iniciativas convergem para eixos fundamentais que devem orientar a Política Nacional de Cuidados no Brasil: (i) a centralidade da pessoa com deficiência como sujeito de direitos; (ii) a intersetorialidade na formulação e execução de políticas; (iii) a articulação entre serviços formais e redes comunitárias; (iv) a valorização do trabalho do cuidado; (v) e a transformação cultural para enfrentar estigmas e desigualdades.

Assim, o direito ao cuidado deixa de ser tratado como favor ou concessão e passa a ser reconhecido como dever jurídico do Estado, fundamento da dignidade humana e expressão da cidadania plena das pessoas com deficiência.

Considerações Finais

A promulgação da Lei nº 14.811/2024, que institui a Política Nacional de Cuidados, representa um marco normativo de grande relevância para a consolidação do cuidado como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. A norma estabelece diretrizes orientadas por princípios como a igualdade de gênero, a interseccionalidade, a corresponsabilidade social e a valorização do cuidado como bem público e coletivo. Embora sua plena efetividade dependa de regulamentação e de implementação progressiva, a legislação incorpora princípios que dialogam diretamente com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), bem como com as experiências internacionais analisadas neste trabalho, configurando-se como um instrumento jurídico estratégico para o avanço de políticas públicas emancipatórias e inclusivas.

Nesse contexto, o reconhecimento do direito ao cuidado das pessoas com deficiência impõe um reposicionamento ético e jurídico que rompa com o paradigma tradicional da tutela e do assistencialismo. É necessário assumir o cuidado como uma obrigação positiva do Estado e como uma expressão da dignidade da pessoa humana, comprometida com a autonomia individual, a vida independente e a plena participação na vida comunitária e política.

Cuidar e ser cuidado, nessa perspectiva, deixam de ser relações unilaterais ou caritativas e passam a constituir expressões concretas de pertencimento à comunidade política, fundamentadas nos direitos humanos e na justiça social. A efetivação do direito ao cuidado, especialmente no que tange às pessoas com deficiência, é condição inafastável para a realização do projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme delineado no art. 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Bibliografia

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Diretrizes sobre apoio para a vida independente e inclusão na comunidade**. Genebra: ONU, 2017.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Support systems to ensure community inclusion of persons with disabilities, including as a means of building forward better after the coronavirus disease (COVID-19) pandemic (A/HRC/52/52)**. Genebra: ONU, 2023. Disponível em: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/614/72/pdf/g2261472.pdf?OpenElement. Acesso em: 3 abr. 2025.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a pobreza extrema e os direitos humanos (A/68/293)**. Nova York: ONU, 2013. Disponível em: https://www.undocs.org/A/68/293 . Acesso em: 3 abr. 2025.

BRASIL. Decreto nº 11.460, de 30 de março de 2023. **Institui o Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração da Política Nacional de Cuidados**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. **Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência** – Viver sem Limite. Brasília: SDH, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/pessoa-com-deficiencia. Acesso em: 28 mar. 2025.

CEPAL. **Estudo Econômico da América Latina e do Caribe 2016:** A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e os desafios do financiamento para o desenvolvimento. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicacoes/40328-estudo-economico-america-latina-caribe-2016-agenda-2030-o-desenvolvimento.

CEPAL. **O cuidado na América Latina e no Caribe em tempos de COVID-19**. Santiago: CEPAL, 2021. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/46603. Acesso em: 28 mar. 2025.

CEPAL; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conjuntura laboral na América Latina e no Caribe: evolução e perspectivas da participação laboral feminina na América Latina**. Santiago: CEPAL/OIT, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/coyuntura-laboral-américa-latina-caribe/WCMS_725432/lang--es/index.htm . Acesso em: 3 abr. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES (CIM). **COVID-19 na vida das mulheres: emergência global dos cuidados**. Washington, D.C.: Organização dos Estados Americanos, 2020. p. 15. Disponível em: https://www.oas.org/es/cim/docs/CuidadosCOVID19-ES-Corto.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Trabalho, educação e recursos das mulheres: o caminho para a igualdade na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Washington, D.C.: OEA, 2011. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MujeresDESC-Ano%20de%202011.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

DIÁLOGOS DO SUL. Argentina passa a considerar cuidado materno como "trabalho" e garante direito à aposentadoria de 155 mil mulheres. Disponível em: https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/argentina-passa-a-considerar-cuidado-materno-como-trabalho-e-garante-direito-a-aposentadoria-de-155-mil-mulheres/.

ELSON, Diane. Recognize, reduce, and redistribute unpaid care work: how to close the gender gap. **New Labour Forum**, New York, v. 26, n. 2, p. 52–61, Spring 2017.

IBGE. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019: percepção do estado de saúde, estilos de vida, doenças crônicas e saúde bucal**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101764.pdf. Acesso em: 28 mar. 2025.

IBGE. **Indicadores sociais por cor ou raça no Brasil**: 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101977.pdf. Acesso em: 28 mar. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br. Acesso em: 18 mar. 2025.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Care work and care jobs for the future of decent work**. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/publications/major-publications/care-work-and-care-jobs-future-decent-work. Acesso em: 3 abr. 2025.

MAPURUNGA, F. A. D. **Experiências exitosas em políticas de apoios e cuidados para pessoas com deficiência na América Latina e em países de outras regiões**: considerações para a construção da Política Nacional de Cuidados do Brasil. Santiago: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, 2024. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/48806-experiencias-exitosas-politicas-apoios-cuidados-pessoas-deficiencia-na-america. Acesso em: 3 abr. 2025.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Los cuidados**: un sector económico estratégico. Medición de la contribución del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado al Producto Interno Bruto. Buenos Aires: Ministerio de Economía, 2020. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf. Acesso em: 3 abr. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: https://www.un.org/pt/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Acesso em: 28 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Relatório Global sobre o Trabalho de Cuidado e suas Implicações para o Mercado de Trabalho**. Genebra, 2023. Disponível em: https://www.ilo.org. Acesso em: 18 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho de cuidado e trabalhadores do cuidado para um futuro com trabalho decente**. Genebra: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_633135/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Trabalho e família**: rumo a novas formas de reconciliação com a corresponsabilidade social. Brasília: OIT/PNUD, 2009. p. 13. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/-dreports/-sexo/documentos/publicacao/wcms111376.pdf . Acesso em: 3 abr. 2025.

ONU MULHERES. **Compromisso de Santiago** – Um instrumento regional para responder à crise da COVID-19 com igualdade de gênero. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/bbe74a91-4af5-424f-b97f-b86a75d4fd93/content.

ONU MULHERES. **Rumo à Construção de Sistemas Integrais de Cuidados na América Latina e no Caribe**. Nova York: ONU Mulheres, 2022. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br. Acesso em: 18 mar. 2025.

OXFAM BRASIL. **Tempo de cuidar**: o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade. São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.oxfam.org.br. Acesso em: 18 mar. 2025.

SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE CUIDADOS DO URUGUAI. **Relatório de Avaliação e Impactos do Sistema de Cuidados**. Montevidéu, 2023. Disponível em: https://www.sistemadecuiadouruguay.gub.uy. Acesso em: 18 mar. 2025.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Lessons for Long-Term Care Policy**. Geneva: WHO, 2002. Disponível em: https://iris.who.int. Acesso em: 3 abr. 2025.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
DA CONCEPÇÃO À EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente do Mestrado e da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Líder Científico do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP. Advogado.

MARCELO YAN DE CASTRO

Discente da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Integrante do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE.

MAYARA DE PAULA

Advogada inscrita na OAB/MG. Integrante do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Resumo: Em sua acepção restrita, o vocábulo educação é geralmente entendido como a transmissão e o aprendizado das técnicas culturais. No entanto o que se percebe é que ter tal acepção como absoluta é uma impropriedade. A Constituição da República de 1988 assegura que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, além de visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Ao vislumbrar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme assevera a mesma Carta Magna de 1988, infere-se que a educação em si deve ser apropriada dentro de um contexto maior, para vislumbrá-la como uma questão de justiça: de justiça social.

Palavras-chave: Educação, justiça, dignidade.

Abstract: In its restricted meaning, the word education is, generally, understood as a way of teaching and learning cultural technique. However, what can be noticed is that having this meaning as absolute is an impropriety. The Constitutional Law of 1988 assures that education

is a right of everyone and an obligation of the State and the family, having to be promoted and encouraged with the help of society, aiming the total development of the human being, preparing him for the full practice of citizenship and qualifying him for his professional life. By realizing citizenship and the dignity of the human being as fundamental lines of the Democratic Right State, as it previews the Constitutional Law of 1988, it is noticed that education for itself must be appropriated in a bigger context to notice it as a matter of justice: social justice.

Keywords: Education, justice, dignity.

Introdução

A análise da educação como um todo sempre demonstrou ser um grande desafio para aqueles que estudam o ser humano como indivíduo e como ator social. A conduta humana deve ser avaliada sob a ótica da produção de efeitos considerados em si mesmos e em relação ao todo. Nesse aspecto é indubitável que a educação seja, por vezes, palco de uma notória discussão filosófica acerca de uma provável conceituação que possa não somente delimitar seu objeto, como também determinar os parâmetros que sejam suficientes para a sua adequada caracterização, sendo imperioso analisar os aspectos sociais e jurídicos que o envolvem.

Percebe-se a grande missão dos estudiosos do tema que, desde as épocas mais remotas, debruçaram-se sobre os mais diversos fenômenos sociais e muito asseveraram com relação ao verdadeiro papel do Estado para resolver questões ligadas à educação, ora numa tentativa de conceituá-la, ora caracterizá-la e, até mesmo, demonstrar sua necessidade na vida do ser.

Desse esforço restam grandes obras, no que diz respeito ao seu conteúdo, que sempre incentivaram os operadores do direito a concentrarem os seus esforços no sentido da busca por tal conhecimento.

De forma muito arraigada nessa proposta, a disciplina de Direito Educacional proporciona momentos de profundas reflexões sobre o verdadeiro papel da convivência em sociedade, considerando os mais elevados valores intrínsecos e extrínsecos quando da tentativa de caracterizar o papel do Estado frente à formação do ser humano, privilegiando um instrumental teórico e doutrinário para a concepção dos mais nobres aspectos do tema ora em apreço.

Estudar o direito não é somente estudar normas, princípios e leis. É, também, entender os valores que cercam os ideais de justiça, quase sempre compreendidos no célebre brocardo de "dar a cada um o que é seu". Mais que isso, os ensinamentos do que seja ser justo começam desde tenra idade, com o aprendizado, para posterior treinamento, das virtudes que devem conduzir o homem ao trato com a natureza e, principalmente, com o seu semelhante.

Talvez a mais nobre missão seja a de amar o próximo como a si mesmo, como um dia nos ensinou o nazareno Jesus Cristo. Essa parece ser a grande aproximação entre direito e justiça, qual seja, orientar-se pela norma do amor para atingir o justo respeito ao semelhante na medida de suas ações. Só o amor e os valores Cristãos permitem vislumbrar o direito do próximo.

Assim, a educação torna-se o motor de propulsão que se confunde com o próprio sentido da vida, permitindo o homem criar os seus valores morais, sociais e a entender o verdadeiro papel em seu tempo. Evoca-se a figura do Estado como a entidade que existe para, fundamentalmente, assegurar direitos e observar o cumprimento de deveres dos seus gerenciados. A educação como direito de todos e dever do Estado, conforme disposição expressa na Constituição da República de 1988, se torna questão de justiça quando de sua implementação. A ausência ou omissão do Estado nessa temática provoca gravames irreversíveis de injustiça social.

O vertente trabalho é uma singela proposta de analisar alguns dos parâmetros que cercam a educação como esse norte condutor dos caminhos de formação contínua e ininterrupta, aproximando-a aos ideais de justiça, desenvolvendo os principais aspectos de conceituação e de operacionalização da temática envolvida, considerando sempre o ser humano como núcleo principal, afinal, analisar a educação é analisar um dos pontos da existência humana.

1. Família e Educação

Para melhor compreensão da magnitude do vocábulo "família", mister se faz a conceituação do mesmo segundo o dicionário da língua portuguesa. Uma primeira visão é a de que "pessoas aparentadas que vivem, geralmente, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. Pessoas do mesmo sangue. Reunião de gêneros. Na antropologia, família é a que é constituída pelo casal e seus filhos".[1]

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Posigraf, 2004. p. 318.

É indiscutível que a família é a mais destacada e fundamental célula social. Recebe destaque não somente no corpo da redação constitucional, como em grande parte da legislação infraconstitucional. Entender o processo educacional é entender a família como motor principal de apoio e sustentáculo ao aluno. E isto não se faz somente com a participação em meras reuniões de pais e mestres, mas, fundamentalmente no cotidiano, ao incentivar o aluno em suas ações diárias, no auxílio material, moral, nas alegrias e nas frustrações deste, demonstrando todo o afeto necessário em tudo o que envolva o seu aprendizado e formação para a vida.

Importante observar que a escola, por maior que seja a sua pretensão, jamais pode suprir a falta que pode fazer uma família. A ausência desta conduz a uma lacuna intransponível. Neste sentido adverte o professor Gabriel Chalita que a família tem a responsabilidade de formar o caráter de educar seu integrante para os desafios da vida, de fazer com que perpetuem os valores éticos e morais do ser.

> Por melhor que seja uma escola, por mais bem preparados que sejam seus professores, nunca a escola vai suprir a carência deixada por uma família ausente. Pai, mãe, avó ou avôs, tios, quem quer que tenha a responsabilidade pela educação da criança deve participar efetivamente sob pena de a escola não conseguir atingir seu objetivo.[2].

O que compreende quando se trata do tema educação, é que a família, como núcleo formador do ser humano deve participar ativamente do processo de sua capacitação intelectual, moral e também espiritual. Os valores vêm de berço, já diz o ditado popular. Apartar a participação da família do desenvolvimento do aluno é sufragá-lo ao fracasso.

A atuação do Estado deve ser determinante como órgão gerenciador das práticas enaltecedoras do “espírito familiar”, num amplo contexto de incentivo através de medidas práticas adotadas na comunidade. Assim como o processo educacional deve ser contínuo na vida do ser humano, a família o deve ser na formação deste. Não há como separar tal célula social do principal processo de capacitação para a vida.

O delineamento das políticas de educação e cultura, aduz que a formação do ser humano torna-se objetivo primordial dos sistemas educacionais existentes, sendo que qualquer visão política no tema, requer um empenho no sentido de proporcionar meios para que tal objetivo seja alcançado.

---

[2] CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Os dez mandamentos da ética**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 17-18.

> A formação do homem, cidadão e produtor de bens e serviços é o objetivo maior dos sistemas educacionais, sendo, para tanto, necessário aumentar as oportunidades educacionais para as crianças e programar a educação de adultos, inclusive a superior, numa perspectiva de educação permanente[3].

2. Direito e Justiça na perspectiva axiológica

O vocábulo "direito" pode ser estudado de acordo com um sentido geral e como técnica, sendo que

> o Direito é, em sentido geral e fundamental, a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens. Como técnica, o Direito se concretiza em conjunto de *regras* (nesse caso leis ou normas), que têm por objeto o *comportamento inter-subjetivo*, ou seja, o comportamento dos homens entre si.[4]

Há que se destacar que a concepção que reduz a noção do Direito à força, surge a partir da negação do Direito natural e da ligação da noção de Direito com a de coerção externa ou sanção. Aqui, a corrente de pensamento que assim o aduz, entende que a característica essencial da força é garantir a realização da norma estatuída de modo que o Direito realizado seja o Direito força.

É sabido e consabido que a larga abrangência do termo direito, assim como em relação ao que ocorre com a educação, sempre incomodou muitos dos filósofos desde a Antigüidade. Como forma de realçar essa assertiva, é salutar registrar algumas dessas inquietudes.

Nas lições ministradas ao filho Nicômacos, o criador da ética como ciência e discípulo de Platão, o macedônio Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), aproxima o conceito de direito ao de ética, e os dois ao de política. Sempre pautou seu raciocínio pela qualidade das obras praticadas pelos homens e pela virtude disto. O método desenvolvido por Aristóteles era o método da busca do conhecimento pela *práxis*. Importava o "como fazer".

Como a tradição dos jurisconsultos romanos era a de definir as partes do direito, nunca o direito como uma unidade (totalidade), não há como extrair uma definição clara do termo. No entanto, célebre é o pensamento do romano Ulpiano consubstanciado na noção de que o direito consistia em dar a cada um o que é seu.

---

[3] BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *Pela causa da Educação e Cultura*. Salvador: Secretaria da Educação e Cultura, 1984. p. 25.
[4] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 278.

O Bispo de Hipona e sucessor de Valério, Santo Agostinho (354 – 430) é considerado como um buscador inquieto da verdade. Sua vida e obra é o retrato de suas angústias em entender a potencialidade do homem, compreendendo que o direito é um fenômeno advindo das relações sociais, estas dinâmicas e em constante processo de desenvolvimento. Admitia que a tranquilidade era um dado espiritual, um verdadeiro estado de espírito, ao passo que a ordem social é dinâmica.

Santo Tomás de Aquino, por sua vez, entendia o direito (*jus*) como norma *agendi* (*jus objectivum*). Para o filósofo, o conceito de "lei" não estava na razão do sentido físico, mas no sentido de ato de império. Para o filósofo santo, a lei era a *ratio júris*, ou seja, a razão que promovia qualquer tipo de justiça a ser alcançada pelo ser humano.

Para o criador do Leviatã, um dos precursores da concepção do Estado, tal qual hoje é entendido, Tomas Hobbes associava dois elementos (socialidade e razão) para integrar a noção de direito. Vislumbrava uma interpretação antropocêntrica do direito, a qual excluía a intervenção de um determinante supra-humano. Percebia a necessidade da criação de um ente maior que pudesse gerenciar as relações mantidas entre os homens.

Leibnitz analisou o direito como um potencial de moral, a forma mais elevada do conhecimento (sabedoria – *sapientia*). É a visão considerada por boa parte dos filósofos e estudiosos do tema, como uma das mais sublimes, um dos mais altos níveis de captação humana. Isso é inegável dentro do campo das concepções do direito.

O ponto nodal da concepção de Immanuel Kant para o direito é a ideia de liberdade. Fazia parte do contexto em que vivia o filósofo, no século XVIII, onde a luta dos homens pelas realizações sociais era a tônica. Kant, no entanto, advertia que os juristas ainda procuravam uma definição de direito e isso era salutar. Ainda nos tempos atuais são percebidas certas angústias para encontrar uma noção que possa apreender a magnitude do verbete.

A dificuldade de extrair uma definição para o verbete "direito" está nas diversas considerações que são realizadas em torno de objetos distintos, cada qual condicionado pela posição de cada investigador e pelos procedimentos metódicos de que se vale para tanto. Há que se destacar que o método utilizado influi na definição do objeto. Como o direito é um objeto polivalente, suscita definições, com certa amplitude, genéricas, sendo que cada qual assume uma pretensão totalizante.

Como corolário, alguns entendem que o direito é o que é justo, enquanto outros atestam que deve haver uma independência entre o direito e o ser justo, havendo ainda pensamento no sentido de que deve haver uma subordinação entre ser justo ao direito.

Percebe-se que o sentimento de boa parte dos indivíduos reflete na razão de que o direito corresponde ao que deve ser cumprido, aproximando-o muito de uma norma de conduta social.

3. Educação como direito fundamental ao desenvolvimento humano

Na formação do ser humano, a educação sempre foi uma obrigação natural da família deste, como condição essencial e fundamental para o seu desenvolvimento e qualificação, não somente para o trabalho, mas para a vida como um todo. A educação sempre assumiu conceitos e significados das mais variadas ordens, variando de acordo com a sociedade e época considerados.

No sentido etimológico, o vocábulo educação tem sua raiz nos verbos latinos *educare* (alimentar, amamentar, criar), com sentido de "algo que se dá a alguém", e *educere*, com sentido de "conduzir para fora", "fazer sair" e "tirar de". No dicionário da língua portuguesa o termo aparece sempre vinculado a um processo de desenvolvimento humano.

Na majestosa obra de Comentários à Constituição da República de 1988, o saudoso professor Celso Ribeiro Bastos afirma a educação como um processo de desenvolvimento do ser humano, no sentido que "a educação consiste num processo de desenvolvimento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, visando ao seu crescimento integral para um melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho".[5]

Ao comentar a Constituição da República de 1988, o professor Luiz Pinto Ferreira confirma a educação como

> um fenômeno sociocultural de caráter universal e manifesta-se como um processo estruturado em todas as sociedades, desde as civilizações primitivas até as organizações humanas modernas, diversificando-se de acordo com a especificidade de cada estrutura social.[6]

A doutrina tem notado que na Grécia antiga havia uma um direito à educação acobertado de leis, onde se exigia do Estado o dever de obrigar as crianças a instruírem-se. Destaca que é no helenismo em que se nota tal segurança a esse direito. Nesse teor, importante observar o momento em que, pela primeira vez, se reconhecera verdadeiramente o direito à educação. Nota-se um grande legado nas cartas constitucionais de diversas nações,

[5] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1 e 8. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 411.
[6] PINTO FERREIRA, Luiz. **Comentários à Constituição brasileira**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

bem como, em documentos históricos como a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789.

> A expressão 'direito à educação' apenas aparece – talvez pela primeira vez também, no Direito constitucional – no Artigo 38 da Constituição italiana de 1947, que aliás a utiliza apenas para reconhecer aos "inaptos e àqueles que sofrem de uma inferioridade" o "direito à educação e à preparação profissional", ao passo que declara expressamente que a "República protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade.[7]

Pode-se aludir que o verdadeiro marco para a história da educação em âmbito mundial, foi a Revolução Francesa, vez que durante séculos a educação foi tida como apenas mais um tema de reflexão filosófica e um encargo para famílias e organizações religiosas.

> Um grande marco para a história da educação foi a Revolução Francesa, pois, a partir dela, as escolas públicas passaram a ser oferecidas a todas as classes sociais. A democratização das escolas públicas, com o objetivo de formar o homem, independentemente da classe social a que pertencia, só ocorreu, no entanto, no séc. XX. (...). Historicamente, a educação tem assumido significados e conceitos que variam de acordo com as características de cada povo e com o pensamento de cada um dos estudiosos desse tema.[8]

4. Ética e direito fundamental à saúde

O vocábulo "ética", geralmente confundido com "moral", apresenta-se atualmente como uma regra imperativa nas relações sociais, e prepondera quando o assunto é educação. A palavra ética pode atingir a duas concepções fundamentais.

> Em geral, ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª. a que a considera como ciência do *fim* para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2ª. a que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta.[9].

Na esteira desse entendimento, resume-se a ética na morada do ser, ou seja, no estudo do ser, numa ciência preocupada com as normas de conduta; parte da filosofia que

---

[7] MONTEIRO, A. Reis. **O direito à educação**. Lisboa: Livros Horizonte, 1999. p. 39.
[8] FRANCO TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza. **O direito à educação nas constituições brasileiras**. Belém: UNAMA, 2001. p. 23.
[9] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 380.

estuda condutas, analisa os vários tipos de moral existentes no mundo para eleger dentro de um plano de escolhas possíveis, dentro das particularidades de cada grupo.

Como ciência que estuda comportamento humano, a ética entrelaça-se com a educação à medida que a última representa a formação do ser humano para agir de forma consciente dentro de normas previamente estabelecidas. Nesse contexto, pode-se entender que a preparação do ser humano visa o equilíbrio e o conhecimento passando pelos crivos da ética na educação.

Destarte, aparentemente não há como separar os conceitos destes dois arquétipos. Um modelo ético é um modelo educacional e vice-versa. Os atores do processo educacional devem orientar-se por ambos. Assim como o desenvolvimento humano tem que atravessar longas etapas que passam necessariamente por um critério biológico e psicossocial, a ética também é atingida com a prática das virtudes e do amadurecimento do ser no seu ambiente social.

No âmbito escolar, a análise da questão da ética frente aos ideais de justiça diz respeito à vida de uma comunidade, ou seja,

> a escola é incapaz de ser neutral do ponto de vista axiológico, na medida em que toda a educação assenta numa base normativa e a escola tem a ver com valores sociais básicos; conseqüentemente (*sic*), a justiça está intimamente ligada ao posicionamento ético relativo ao modo como se pensa e actua (*sic*) na escola e, por isso, com as próprias concepções e práticas de pedagogia.[10]

Ganha destaque a nobre missão do educador. Em primeiro plano, ao conscientizar acerca do direito à própria educação. Em seqüência, em conduzir ao conhecimento norteado pelos salutares valores de respeito ao próximo e do valor da vida, além do conhecimento científico. O educador é o condutor de um processo de desenvolvimento.

Finalmente, cumpre ao educador observar a garantia do acesso à educação no caso prático, invocando-o como um ator preocupado com a realização da justiça social, visando o resgate à plena cidadania. Sempre a educação há de ser lembrada quando o exercício de direitos e deveres de cada qual (e de todos) for invocado.

> O grande desafio do educador é convencer o educando a deixar de lado os prazeres e gostos individuais em benefício do bem comum, da boa convivência, da responsabilidade partilhada, na esperança de um mundo cada vez melhor para esta e para as gerações que virão. (...) Essa responsabilidade não é apenas da escola, é de

[10] ESTÊVÃO, Carlos Alberto Vilar. **Educação, justiça e democracia**: um estudo sobre as geografias da justiça em educação. São Paulo: Cortez, 2004. p. 77-78.

> toda a sociedade, a começar pela família, primeiro espaço de convivência em que os pais se tornam modelos, mitos, exemplos.[11]

Sem sombra de dúvidas é um momento de proporcionar ao educador condições para que o mesmo possa desenvolver um trabalho de conscientização do aluno frente ao seu papel a ser assumido socialmente.

> Na verdade, apesar da pluralidade de mundos escolares e de justiças, os actores (*sic*) educativos têm de optar eticamente. A opção pelos princípios superiores do mundo cívico é (...) aquela que mais de acordo está com (...) a experiência da justiça entendida como institucionalização da igualdade e da liberdade.[12]

A relação entre ética e educação, quando da formação do indivíduo, é elemento de análise fundamental quando se aborda a educação no prisma de garantia de uma justiça social. A formação do ser humano passa por um claro processo de apreensão de valores que o autorizam a observar o mundo a sua volta e vivenciar seu próprio crescimento. Daí o "'Situar-se no mundo' envolve todo um processo de valoração e de avaliação em relação ao qual as ações do homem adquirem significado. Os valores interpenetram todos os campos de realizações das pessoas".[13]

Pelo que se observa o grande mote da educação não é a simples transmissão das normas e de padrões de comportamento, mas, acima de tudo, dotar o ser humano dos instrumentos necessários para que o mesmo possa realizar um verdadeiro juízo de valor acerca dos elementos que capta do seu convívio social.

5. Ordem social e direito à educação

Analisar a educação dentro de um processo de justiça social é sempre uma tarefa que envolve também uma análise no contexto da sociedade, seus padrões culturais e tradições, as normas vigentes à época, o papel do Estado e o compromisso político assumido frente ao tema. A educação sempre esteve arraigada na vida em sociedade, desde os primórdios.

Parece correta a advertência de que a sociedade, ao realizar uma análise nos preceitos da educação, o faz com base nas suas necessidades. Entender a educação sempre envolve uma

---

[11] CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Os dez mandamentos da ética**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 120.
[12] ESTÊVÃO, Carlos Alberto Vilar. **Educação, justiça e democracia**: um estudo sobre as geografias da justiça em educação. São Paulo: Cortez, 2004. p. 79.
[13] BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. **Fundamentos éticos da educação**. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1982. p. 22.

metodologia de análise da sociedade em que se está operando tal processo. Completa-se o entendimento no sentido de que a educação é operação complexa que envolve complexas variáveis.

> A partir da institucionalização da educação e da organização do ensino nas escolas, esse fenômeno social passou a ter relação direta com a cidadania, cujo significado é a garantia dos direitos civis e políticos, sendo a educação um desses direitos.[14]

Em plena consonância estão as lições que incluem nas bases de um processo de justiça a educação como meta a ser assegurada, inclusive para aprimorar os ideais de ciência, visando o desenvolvimento social.

> Notoriamente, a nova orientação da ciência encerra transformações sociais e políticas, isto é, o nascimento de uma sociedade essencialmente diferente, cuja subsistência possa renunciar às instituições de defesa e intimidação agressivas. (...) Se a proposição de Kant, segundo a qual não se deveria educar para a sociedade atual mas sim para uma sociedade melhor, ainda conserva algum sentido, então a educação precisa alterar também (talvez antes de tudo) o lugar da ciência nas universidades e no domínio conjunto de "investigação e desenvolvimento". [15]

Ainda nesse processo de garantia da justiça social, a educação é avaliada de acordo com os direitos sociais. Há que se ressaltar que a história tem mostrado que a incorporação da educação no grupo dos direitos humanos e sociais ocorreu de modo lento.

> A relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade por outro é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade.[16]

Os direitos sociais correspondem a normas gerais que proporcionam o atendimento de condições para que haja o completo desenvolvimento do homem.

> Os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de

[14] TEIXEIRA, Anísio. **Ensino superior no Brasil**: análise e interpretação de sua evolução até 1969. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989. P. 25.
[15] MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 172.
[16] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 76.

> situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.[17]

Nessa esteira os direitos sociais, fundamentos do Estado Democrático de Direito, são equacionados como direitos fundamentais do homem a serem observados obrigatoriamente pelo Estado social de direito, e que visam à melhor condição de vida do ser humano tendo por uma de suas metas o resgate da igualdade social.

No plano da ordem social a Constituição da República de 1988 faz referência à educação no rol dos direitos sociais arrolados no corpo do seu artigo 6º. Já na locução do inciso IV, do artigo 7º., da mesma Carta Magna de 1988, o legislador constituinte elencou a educação como direito dos trabalhadores, visando uma melhoria na sua condição social, e qualificou-a como necessidade elementar.

> A educação nem sempre esteve elencada como direito social nas constituições brasileiras. Na realidade, o direito à educação deve ser considerado como direito social que não deve ser vinculado apenas àqueles que mantêm um vínculo de emprego, mas também aos profissionais liberais e, até mesmo, aos empresários. Enfim, não deverá ser restrita a uma classe especificamente, a uma camada restrita da sociedade, e sim a toda sociedade que, através de sua organização e em prol de seus interesses, criou o Estado como organismo forte, tendo por finalidade atender aos interesses desta.[18]

Parece claro que a mera previsão constitucional da educação como direito social, seja do trabalhador ou não, carece de atenção do Poder Público para que todos os esforços sejam realizados no sentido de garantir-se a materialização de tal direito.

Ocorre que a previsão da educação na ordem social constitucional representa uma grande convicção do legislador no sentido de orientar-se naquela como referencial e meio para o desenvolvimento pleno das capacidades humanas, assegurando-se, com isso, a permanente busca pela construção de um verdadeiro Estado democrático de direito em que iguais condições sejam disponibilizadas a todos.

Na ordem social a educação representa não somente uma garantia, mas um verdadeiro meio para que se tornem reais as possibilidades do ser humano desenvolver-se, não só aprendendo como se qualificando para o mercado de trabalho cada vez mais competitivo.

---

[17] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 289.
[18] FRANCO TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza. **O direito à educação nas constituições brasileiras**. Belém: UNAMA, 2001. p. 38.

6. Direito à educação e a questão da dignidade da pessoa humana

O artigo 1º. da Constituição da República de 1988, inserido no Título I (dos princípios fundamentais), é claro ao asseverar que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, a "dignidade da pessoa humana". Um olhar mais atento observa que a inclusão desse desiderato no corpo constitucional demonstra que o Estado se erige à luz da noção da dignidade da pessoa humana. Em conformidade com tal assertiva encontra-se a doutrina sempre viva do inigualável professor e saudoso constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, para o qual a dignidade da pessoa humana é conglobante.

> A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. (...) o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.[19]

Nesse compasso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações em qualquer tempo de sua existência, estatui a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental e condição essencial para a existência do ser humano e de sua preservação;[20] e o faz tendo em vista, dentre outros, os ideais do ensino e da educação, o que pode ser constatado na base preambular da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*:

> 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 (...) 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, se esforce, **através 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 Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (negritos meus).

---

[19] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1 e 8. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 425.

[20] "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 (...) A Assembléia 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, se esforce, **através 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 Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição" (Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, negritos meus).

O que se percebe claramente é que como os ideais de justiça alternam-se na medida em que pode flutuar a essência da atuação do Estado, a educação como direito pode ser vislumbrada como regra pragmática inserida, com maior ou menor amplitude, e de forma direta ou indireta, dentro dos objetivos fundamentais do Estado. No Brasil atual, a locução ofertada ao artigo 3º., da Constituição da República de 1988, assevera os objetivos fundamentais da República, dentre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sendo o Estado uma organização, deve atuar sempre pautado nas regras de direito, seja na perseguição dos seus fins, seja no estabelecimento das condições para o alcance destes. Ao estabelecer objetivos fundamentais a Constituição da República almeja o norte de que os fins devem ser mais do que somente uma enunciação de princípios. Deve haver ação. A Constituição da República de 1988 encarta, ao longo do seu Título II, os denominados direitos e garantias fundamentais, estruturando-os em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos.

A doutrina aponta que são direitos constitucionais porque estão insertos no texto de uma constituição, cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, vez que ela mesma depende de legislação ulterior para a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, estes engendrados entre o rol dos direitos fundamentais. Como pode parecer, à primeira vista, não são ilimitados tais direitos.

> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização* de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.[21]

A redação ofertada ao *caput* do artigo 5º. da Constituição Cidadã, de 1988, garante a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, sendo o direito à vida o mais fundamental de todos os direitos. Assim, o princípio constitucional referente à igualdade opera em duas frentes: para o legislador ou ao próprio executivo, impedindo a edição de diplomas legais que possam criar tratamento diferenciador abusivo; para o judiciário,

[21] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 59.

garantindo a aplicação da lei em níveis igualitários, ressalvadas as diferenciações justificadas e imperativas ao caso concreto.

Portanto, a partir desse posicionamento, pode-se inferir que no corpo do referido artigo existem cinco direitos fundamentais básicos (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade). Externamente ao corpo do supracitado artigo, deve-se analisar se o direito à educação vincula-se diretamente a um dos direitos fundamentais. Nesse teor, há entendimento de que o direito à educação se encontra permeado plenamente nos direitos ali elencados, sendo fundamental, portanto.

> A proteção aos direitos e às garantias fundamentais do cidadão se estende desde a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, até a liberdade de pensamento, credo e ideologia e ao veto à pena de morte. O objetivo é garantir à pessoa humana seu pleno desenvolvimento sem injustiça ou agressão por parte de quem quer que seja, inclusive do Estado. De nada adiantaria todo esse elenco de salvaguardas se não houvesse a obrigatoriedade da educação, que se constitui como garantia de que o cidadão terá consciência de seus direitos a partir da aquisição de conhecimento, da instrução. Se assim não fosse, tudo ficaria apenas no papel. [22].

É nítido que as pessoas instruídas detenham o amplo conhecimento de seus direitos e deveres, além de adquirirem poder de discussão frente às sempre existentes formas de dominação que são impostas à população. Nisso, de modo elementar, congrega a democracia, ou seja, uma forma ampla de debate que visa à construção de uma sociedade justa, harmônica e equilibrada.

O legislador constituinte assegurou, no Título VIII, a Ordem Social, dividindo-a em oito capítulos (disposição geral; seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; índios). A base constitucional da Ordem Social é o primado do trabalho e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Uma primeira análise na disposição legislativa conduz ao inexorável arremate de que sendo a educação um direito assegurado na ordem social e um dos objetivos desta é a promoção da justiça social, logo o direito à educação deve ser tratado como uma questão de justiça social. Esse é um dos imperativos que devem nortear um Estado democrático de direito.

A redação ofertada ao artigo 205, da Carta Maior de 1988, que inaugura a Seção I (da educação), assevera a educação como direito de todos. À guisa de orientar melhor o

[22] CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Os dez mandamentos da ética**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 106-107.

presente, cumpre destacar um conceito de educação. A participação da sociedade deve-se ao fato de assegurar que os projetos educacionais sejam efetivamente desenvolvidos, assegurando os plenos debates, à discussão participativa, prevalecendo o consenso ao final.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. O Título II (dos direitos fundamentais), Capítulo IV (do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer), conta com disposição expressa da matéria na redação dos artigos 53 a 59. Dispõe a redação do artigo 53/ECA que a criança e o adolescente têm direito à educação, cujo objetivo visa ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A concretização dos ideais e princípios constitucionais teve um dos seus ápices com a sanção da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da educação – LDB. A espinha dorsal desse diploma legislativo é, sem dúvida, a preocupação com uma educação ampla pautada na aprendizagem continuada.

Infelizmente o desrespeito com os direitos e garantias fundamentais parece ser uma herança genética amaldiçoada que transcende gerações e administrações públicas no Brasil. O descaso é tamanho que sempre se apóia na falsa assertiva de que nada pode ser feito vez que não há recursos para a efetivação de ações práticas.

Para que tais direitos não fiquem na mera formalidade, mas ganhem alma e saiam do papel, alguns mecanismos jurídicos propriamente ditos estão postos à disposição no ordenamento jurídico para uma vez acionados, garantirem o direito à educação, como forma de assegurar-se a conquista da justiça social.

Ora, assumindo a educação como direito de todos, independentemente de qualquer circunstância de caráter pessoal, e sendo a promoção do bem-estar de todos um dos objetivos da República Federativa do Brasil, como quer a Lei Fundamental, o próprio ordenamento jurídico indica os mecanismos que podem ser utilizados quando da omissão ou inércia do Poder Público, bem como de qualquer particular responsável pela materialização daquele direito. A utilização de tais meios judiciais visa assegurar a educação como direito.

No âmbito do artigo 5º., da Constituição da República de 1988, o inciso LXXI, tem-se o Mandado de Injunção, este que se perfaz numa ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, com o objetivo claro de viabilizar o exercício de um direito prevista na Constituição da República.

Ainda na seara do badalado artigo da Carta Magna de 1988, o inciso LXXIII trata da denominada ação popular, esta que constitui uma forma de exercício da soberania popular,

pela qual é permitido ao povo exercer diretamente a função de agente fiscalizador da atuação do Poder Público, com base no conceito de coisa pública (*res* pública) e na esteira do princípio da legalidade dos atos administrativos. Também disciplina a ação popular a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

A lei de diretrizes e bases da educação – LDB, Lei n. 9.394/96, na redação do seu artigo 5º., *caput* e § 3º., estipula que qualquer cidadão está apto a entrar com a ação judicial própria para o caso de descumprimento de preceito estabelecido ao longo da citada lei, especialmente no que diz respeito a qualquer transgressão a direitos ali estabelecidos. Trata-se de uma ação judicial com rito sumário e procedimento ditado na lei.

No âmbito mais específico da criança e do adolescente, a Lei n. 8.069, que dispõe acerca do Estatuto destes, assevera na locução do seu artigo 212, § 2º., uma ação judicial de caráter mandamental, regida pelas normas referentes ao mandado de segurança, este com previsão no artigo 5º., inciso LXIX, da Constituição da República de 1988 e disciplina na Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Finalmente, a redação ofertada ao artigo 201, da Lei n. 8.069/90, Estatuto da criança e do adolescente – ECA, inciso V, estabelece que compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, por seu turno, disciplina a ação civil pública. O direito à educação de crianças e adolescentes é entendido, nessa ótica, como direito indisponível, portanto, acobertado pela destacada ação civil pública, como instrumento de garantia judicial de seu abrigo.

Conclusão

A educação deve ser entendida como um conceito muito mais amplo do que simplesmente transmissão de conhecimentos culturais. É formação da personalidade do homem, aspecto essencial para que o mesmo possa compreender seu significado e apreender o seu papel social.

A Constituição da República de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito, assegura de forma peremptória o desenvolvimento do ser humano como um dos valores supremos para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme assevera seu preâmbulo. Não pode ser dissociada a ideia de alcance desse preceito sem que a educação esteja inserida como início, meio e fim do Estado.

Corolário lógico desse ensinamento, sem dúvida alguma, impõe a educação como uma garantia de que a formação do ser humano e sua preparação para a vida deve ser assegurada pelo Estado, tornando-se uma obrigatoriedade para este, além de implicar ao administrador uma gama de responsabilidades para implementar em todos os níveis tal desiderato. É o que se pode inferir da redação do artigo 205, da nossa Constituição cidadã, quando a mesma impõe a educação como direito de todos, sem qualquer distinção, e como dever do Estado brasileiro.

Quando é analisado o corpo do artigo 5º., da Constituição da República de 1988, o qual traz os direitos e garantias fundamentais, vislumbra-se a educação como decorrência direta dos preceitos ali estabelecidos, seja de modo direto ou indireto, vez que se vincula a boa parte dos direitos fundamentais textualmente assegurados naquele corpo estrutural.

Diante do princípio maior da valorização da dignidade humana, entende-se que não há como assegurar o pleno desenvolvimento do ser humano se ocorre omissão ou falha do Estado nas questões relativas à educação no seio social. Atuação política para alcance de metas sociais e a própria educação em si, são noções siamesas.

Sendo a educação o pilar destacado pela Carta Constitucional como essencial à formação do cidadão, estatuindo-se a ela direito fundamental, são garantidos mecanismos jurídicos propriamente ditos para ser acionado o Poder Judiciário a fim de fazer valer a garantia do direito àquela.

Defende-se aqui a ideia de que a educação é uma questão de justiça social. Com toda limitação admitida com relação a profundos pensamentos sociológicos, permite-se arriscar que a educação transcende qualquer fronteira acerca dos ideais de justiça, para confundir-se com este. E somente fala-se em justiça quando há o ser humano. Não poderia ser diferente com a educação.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1 e 8. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Pela causa da Educação e Cultura**. Salvador: Secretaria da Educação e Cultura, 1984.

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

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. **Fundamentos éticos da educação**. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1982.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Os dez mandamentos da ética**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

ESTÊVÃO, Carlos Alberto Vilar. **Educação, justiça e democracia**: um estudo sobre as geografias da justiça em educação. São Paulo: Cortez, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Posigraf, 2004.

FRANCO TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza. **O direito à educação nas constituições brasileiras**. Belém: UNAMA, 2001.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MONTEIRO, A. Reis. **O direito à educação**. Lisboa: Livros Horizonte, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Anísio. **Ensino superior no Brasil**: análise e interpretação de sua evolução até 1969. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989.

DO USO DA EQUIDADE NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADO 26 DE 2019

ANDRESSA THAINÁ MORAES RESENDE

Graduanda da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

CRISTIANO THADEU E SILVA ELIAS

Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Membro da Associação Brasileira dos Consti-tucionalistas - Instituto Pimenta Bueno. Advogado.

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF), face ao vácuo legislativo, conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e, a partir do juízo de equidade, com efeito vinculante, deu interpretação para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia com aplicação dos preceitos de crimes de racismo da Lei n° 7.716. Entretanto, faz-se mister analisar, à luz dos princípios da legalidade e da reserva legal, a (im)possibilidade de se utilizar do mecanismo da equidade para editar norma penal incriminadora, ainda que se esteja diante de um apelo social legítimo da comunidade LGBTQIAPN+, sob pena de aviltar os pilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: ADO 26/2019; Supremo Tribunal Federal; equidade; reserva legal; legalidade; homotransfobia; racismo;

Abstract: The Supreme Federal Court (STF), faced with legislative silence, considered Direct Action of Unconstitutionality due to Omission 26 and, through equitable judgment with binding effect, interpreted to criminalize acts of homophobia and transphobia under the provisions of the racism crimes law, Law nº 7.716. However, it is essential to analyze, in light of the principles of legality and legal reservation, the (im)possibility of using equity to enact criminal norms, even in the presence of a legitimate social demand from the LGBTQIAPN+ community, lest it undermine the foundations of the Democratic Rule of Law.

Keywords: ADO 26/2019; Supreme Federal Court; equity; legal reserve; legality; homotransphobia; racism.

Introdução

Na década de 1960, paira-se uma atmosfera marcada pela forte repressão, decorrente de um regime ditatorial, cujas características mais substanciais são afrontosas às instituições basilares de um Estado Democrático, confrontando direitos fundamentais ao cidadão como ser humano e suplantando os aspectos primários da Tripartição dos Poderes. Com efeito, ante a tais aspectos, fez-se latente a necessidade de uma Carta Magna que amparasse um rol de valores atemporais que protegessem e resguardassem a população do poder arbitrário dos aparelhos do Estado. Dessarte, o constituinte originário inaugurou uma nova ordem, marcada pelo garantismo constitucional.

À vista disso, a criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em 2019, não reflete a divisão dos poderes assentida pelo princípio elementar da Carta Magna de 1988, tampouco o que se diz ser princípio básico e inerente às democracias modernas, desde Montesquieu. Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello. A Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, enquadrando a homofobia e a transfobia no rol de crimes de racismo.

Nessa esteira, o objeto central da presente pesquisa se dá no estudo do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange à previsão legal do juízo de equidade autorizar o juiz a desempenhar função normativa em matéria de direito penal. Objetiva-se, portanto, apresentar as funções da equidade no Direito para compreender a (im) possibilidade da integração em matéria de direito penal. Assim, urge avaliar a legitimidade de atuação da Suprema Corte Constitucional para decidir sobre a inércia legislativa concernente à criminalização da homofobia e da transfobia e, ainda, a possibilidade de suprir a omissão, haja vista princípios do direito penal e da Constituição que brecam tal conduta, muito embora o STF goze de legitimidade de, mais que interpretar a Constituição Federal, também guardar para que suas normas tenham a devida eficácia no plano concreto.

Para tanto, a investigação pretende analisar as múltiplas funções da equidade no direito, em especial, o seu papel integrativo no ordenamento jurídico, vislumbrando o caso

Brown v. Board of Education of Topeka, marco para a atividade jurisdicional e para o fim da segregação racial nos Estados Unidos, bem como o estudo da redação das normas que preveem este instrumento de integração no Brasil. Ademais, a implementação nos mecanismos de defesa Mandado de Injunção e ADO. Pretende-se, outrossim, esmiuçar a omissão do legislador em matéria de discriminação das pessoas homotranssexuais, à luz do artigo 5º, XLI, XLII, do princípio da reserva legal, da lei 7716/89, bem como no que concerne à mora legislativa.

A pesquisa será realizada a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método analítico; partindo-se da seguinte problematização: A previsão legal do juízo de equidade pode autorizar o juiz a desempenhar função normativa em matéria de direito penal? Buscar-se-á analisar de forma crítica as funções da equidade e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, assim como analisar a decisão do STF na ADO/26, em que é clara a função normativa exercida pelo órgão em matéria de Direito Penal; problematizar tal função normativa dentro do contexto de impossibilidade da integração normativa em matéria penal; criticá-la à luz do arcabouço constitucional brasileiro e do princípio da reserva legal.

1. Do papel da equidade no direito

Países de sistema *civil law*, devido a maior influência do direito romano em seu território, dispersam a ideia da subordinação à lei de modo geral, na qual o juiz deve obediência somente à lei. Graças à vigência do direito português no Brasil, foi trazida a tradição desse sistema que dispensava decidir qualquer litígio fundamentado em precedentes, mas apenas de acordo com a lei, assim como pregava o sistema romano.

Todavia, na tentativa de acompanhar a dinamicidade da vida social, que traz novos temas conflitantes e novas realidades, dos quais as codificações não dão conta, o direito precisa estar em constante movimento. Assim sendo, é notório que o legislador não alcança todas as possibilidades de situações do futuro, que também vão acontecendo no momento em que a lei vai sendo elaborada, ainda mais quando se está diante das fluidas relações[1].

Dessarte, embora esteja frente a cenários não previstos na letra da lei, o juiz precisa apresentar soluções aos casos concretos. Tal uma vez que, conforme dispõe o art. 140 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou

[1] BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 166.

obscuridade do ordenamento jurídico"[2]. Com efeito, deve-se valer dos outros recursos do direito, quais sejam a analogia, costumes e princípios gerais do direito, nas circunstâncias em que a lei for omissa, haja vista não poder se escusar de decidir[3], segundo a redação do art. 4º da LINDB[4].

Em contraponto, no que concerne à equidade, não pode ser considerada para as lacunas que existem na lei meio supletivo, mas sim, apenas um mecanismo de auxílio da aplicação legislativa. Assim, pode-se afirmar que a equidade não é fonte de Direito, pois não se caracteriza como poder de criar normas jurídicas ou como forma de sua expressão, bem como também não é meio de integração de lacunas da lei, já que o legislador reduz este recurso aos casos previstos, conforme disposto pelo art. 140, parágrafo único do CPC[5].

As situações em que geralmente isso ocorre é quando a legislação elabora alternativas e permite que, a critério do magistrado seja feita uma escolha, ou nos casos em que há conceitos vagos. Posto isso, parte-se para a temática nebulosa do subjetivismo judicial e a aplicação de uma justiça junto à lei.

Às palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

> Tratamos aqui da equidade na aplicação do Direito e em sua interpretação, se bem que o legislador não pode olvidar seus princípios, em que a equidade necessariamente deve ser utilizada para que a lei surja no sentido da justiça. *A equidade não é só o abrandamento da norma em um caso concreto, como também sentimento que brota no âmago do julgador. Como seu conceito é filosófico, dá margem a várias concepções. (...)*. Entendamos, porém, que a equidade é antes de mais nada uma posição filosófica; que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma. Indubitavelmente, *há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização*[6]. (grifos nossos)

Disposta no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[7], a equidade é retratada como uma recomendação por parte do legislador, para que, o juiz ao aplicar a lei,

---

[2] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[3] GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 119.
[4] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[5] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[6] VENOSA, S. S. **Direito civil - parte geral**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.
[7] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 21 fev. 2024.

atente-se aos fins sociais e ao bem comum, bem como às exigências advindas de mutações sociais a que ela se dirige.

Por sua vez, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> a proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução[8].

Ressalta-se, pois, que se ultrapassou a fase da limitação do juiz como "boca da lei", estando ele restrito aos princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas. Passou-se a compreender um papel mais ativo do magistrado na aplicação do direito, significando a independência judicial.

Tal protagonismo judicial pode ser compreendido à luz da análise dos julgados da Suprema Corte norte-americana. Assim, identificou-se que o célebre caso *Brown v. Board Education of Topeka*[9], julgado em 1954, foi o berço das medidas estruturantes. Em linhas breves e gerais, a menina Linda Brown tinha de atravessar sua cidade para estudar, ainda que há pouco de sua casa existissem outras escolas públicas, mas que eram apenas para brancos. Seu pai, então, ajuizou ação contra o Conselho Estadual de Educação. Ocorreu que, mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes, a fim de que, de fato fosse admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem quaisquer possibilidades de segregação.

Indubitavelmente, foi à época um enorme passo, não só para os Estados Unidos, mas para futuras decisões também em outros países com raízes profundas no preconceito racial e na escravidão, pois além de acabar com a segregação racial, entendeu-se finalmente que se devia dar efetividade à própria decisão judicial.

Por óbvio, visível é que se está diante de uma faca de dois gumes. De um lado, uma grande revolução e confiança de um olhar mais justo na garantia de direitos, por outro lado, a

---

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Agravo em recurso especial nº 77.138/SC**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 20 set. 2016. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RSTJ%2C+83%2F168&b=DTXT&p=true&tp=T. Acesso em 22 fev. 2024.

[9] FRANCISCO, J. C.; ANDREÁ, G. F. M. Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro: utilização restrita e estratégica. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, São Paulo, v. 34, n. 158, p. 185-186, jul./dez. 2023. Disponível em https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/108/92. Acesso em 22 fev. 2024.

incerteza que paira sobre um ativismo judicial que por vezes se desvincula da autoridade das leis e da própria Constituição.

Há que se aflorar a discussão a respeito da concretização da Constituição e a problemática das omissões do ente legiferante. Para tanto, traz com maestria, Gilmar Mendes:

> Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1º) têm na lei instrumento essencial. *Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos*[10]. (grifo nosso)

À vista disso, dispõe a Carta Magna no art. 103, § 2º acerca da inconstitucionalidade por omissão, cuja redação trata da inobservância do legislador diante da dirigência constitucional de legislar, que resulta de comandos manifestos e de elucidações nas decisões no processo de interpretação da Constituição.

Há de se aludir que a vigente Carta de 1988 institui dois mecanismos a fim de estorvar a omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO – art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (MI – art. 5º, LXXI). A dessemelhança entre ambos consiste em que, este busca o exercício efetivo de um direito que não possua preceito regulamentador, enquanto que, aquele visa tão somente acusar a mora legislativa em regulamentar algum comando da Constituição que diz respeito a um direito por ela positivado[11].

Diante da omissão inconstitucional do ente legiferante, a Constituição da República trouxe, a partir da sentença declaratória do Poder Judiciário do reconhecimento dessa inconstitucionalidade, um instrumento de natureza mandamental que exige do Poder competente a adoção das medidas necessárias com a finalidade de suprimir a omissão.

Ora, tais omissões inconstitucionais desprestigiam o sentido normativo da Constituição e reproduzem a inefetividade constitucional. Neste esteio, traz a jurisprudência:

> A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público — que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental — representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético - jurídico do

[10] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 3748.
[11] MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 616-617.

> sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social[12].

Sob essa perspectiva, não significa dizer que há apenas mera ciência sem consequência. Se caso o Poder Legislativo não atender à ordem judicial, haverá uma omissão ainda mais grave e, ao menos, terá de prestar satisfação ao Judiciário. No entanto, salvo a cobrança por parte de seus eleitores políticos, não há como obrigar o legislador a legislar, portanto, quase nada será cabível a se fazer, uma vez que o legislador constituinte não redigiu que a decisão judicial a respeito da omissão tivesse efeito normativo[13].

No que tange à ADO 26/2019, objeto de estudo deste projeto, a omissão que ocorre atinge a população LGBTQIAPN+, a qual é vulnerável e clama por proteção e igualdade, precisando-se ter resguardado à sua dignidade humana. Contudo, muito embora se esteja frente à premência de reconhecer os direitos dessa comunidade e criar meios para assegurá-los de modo efetivo, não se pode aceitar que o Judiciário justifique a retificação de uma omissão utilizando a criminalização por analogia[14].

Outrossim, é indiscutível que seja fundamental que haja a criação de algum tipo normativo que identifique violações sofridas por essa população e que funde instrumentos de tutela, mas segundo as diretrizes constitucionais. Isso porque há um rito de elaboração, de votação e aprovação das leis, feito por representantes eleitos e legitimados, que não podem ser banalizados, a fim de garantir o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, ainda que seja evidente a inércia legislativa, e mais que isso, a omissão destes representantes na criação de uma norma regulamentadora e protetiva, não se pode sustentar e aceitar que venha uma norma cogente do Poder Judiciário. Às palavras de Miguel Reale Júnior:

> É fundamental ter presente que a atividade criminalizadora é exclusiva do Legislativo. Do contrário, cria-se uma aporia insustentável: e*m nome da efetivação da legalidade viola-se a legalidade; para cumprir um comando constitucional, é desrespeitado o princípio constitucional da legalidade*[15]. (grifo nosso)

---

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1442**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor. Acesso em 27 fev. 2024.
[13] SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 58.
[14] JÚNIOR, M. R. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 111.
[15] REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2023, p. 112.

Nessa ótica, torna-se evidente que a fim de se resguardar o Estado Democrático de Direito e a própria democracia, é necessário que essa atividade seja obstada, enfrentada e que sejam criados meios para o *accountability*.

2. Da omissão do legislador sobre a punição dos atos discriminatórios em razão de orientação sexual

No regime político ditatorial militar anterior à Constituição Cidadã, em nome da segurança nacional do Estado Brasileiro e do interesse público, era natural o abuso e arbitrariedade dos que representavam o poder estatal, relativizando e suprimindo os direitos fundamentais. À vista desse cenário autoritário e antidemocrático, os constituintes originários estipularam no art. 5º, XLI, que a lei estabelecesse cominação legal aos atos discriminatórios, logo, que houvesse criação e penalização de crimes que atentam aos direitos e garantias fundamentais[16].

Não é à toa que no inciso seguinte, XLII, o texto constitucional versa sobre o racismo, haja vista tamanha a mácula da discriminação e preconceito no país, marcando presença até mesmo nas relações com entidades públicas. Diante disso, era preciso que a Constituição trouxesse medidas jurídicas de combate ao racismo, por isso, determinou sua criminalização e o trouxe ao rol de crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana nasce com o indivíduo, é inerente à sua pessoa e a ninguém é dado o direito de violá-lo. Nesta esfera, a Lei 7716/89[17] pune com penas variáveis as diversas modalidades de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional que ela define como crime, e não como meras contravenções, como previa a chamada Lei Afonso Arinos, Lei 1.390/51[18], por ela revogada. Assim, faz-se mister trazer o conceito de racismo da doutrina:

> Racismo é todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a autoestima e o patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem etc.[19]

---

[16] MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 388-389.
[17] BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 13 mar. 2024.
[18] BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1951. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm. Acesso em 13 mar. 2024.
[19] BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 1871.

O ordenamento jurídico brasileiro já reconhecia o crime de racismo e discriminações supracitadas, mas não a homofobia, uma vez que não havia legislação específica. Todavia, em junho de 2019, o Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de nº 26. A ADO foi julgada procedente por maioria dos votos, com eficácia geral e efeito vinculante no que tange à mora inconstitucional do Poder Legislativo Federal que não elaborou norma referente ao mandado de criminalização previsto na Constituição da República.

Ainda, o STF declarou a existência da omissão do ente legiferante, cientificou o Congresso Nacional, conforme prevê o art. 103, § 2º da Constituição, além de dar interpretação para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, até que legislação superveniente seja feita pelo legislador federal, aplicar-se-á os preceitos da Lei nº 7.716. Segundo a decisão do Supremo, a prática homotransfóbica é considerada racista, na dimensão do racismo social, quando comete atos de segregação que acabam por inferiorizar os membros do grupo LGBTQIAPN+ por razões de orientação sexual ou identidade de gênero[20].

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com intuito de:

> [...] *obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminação motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).[...] a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras*[21][...] (grifo no original)

A conclusão do julgamento se deu nos seguintes termos:

> *Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas,*

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26**. Relator: Ministro Celso de Mello, Distrito Federal, 13 jun. 2019. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em 13 mar. 2024.
[21] CONSULTOR JURÍDICO. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em 14 mar. 2024.

> *reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis*. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio.[22] (grifo nosso)

Ultrapassando-se a íntegra da decisão, ressalta-se acerca dos princípios da legalidade e da reserva legal, os quais impedem a correção da lacuna deixada pelo poder legislativo por parte do Supremo Tribunal Federal, uma vez que acarretam na veiculação de normas constitucionais que determinam os assuntos que devem ser regulamentados por lei em sentido formal. Por óbvio, tais princípios afirmam ser inadmissível utilizar qualquer outra fonte que não a lei.[23]

Não obstante a urgente necessidade da tutela dos direitos de minorias, há de se ponderar que, há impossibilidade de suprir judicialmente omissão legislativa na esfera do direito penal, face ao princípio da reserva legal penal. Ainda, corroborando-se, a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, de forma que a lei, em sentido estrito, restringe-se como a norma produzida pelo Congresso Nacional, trazida pelo art. 22, I, da Constituição Federal. Logo, o direito penal é matéria de competência privativa da União.

Presente no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, *in verbis*: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", reiterando os termos do art. 1º do Código Penal[24]. Ainda, "A natureza política do princípio da legalidade é evidente, como pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado, diante do poder arbitrário dos juízes".[25]

O princípio da reserva legal é mais que fundamental, é inarredável quando se discute matéria de restrição da liberdade. Trata-se da segurança jurídica e da garantia da liberdade de todas as pessoas[26]. À vista disso, constitui verdadeiro escopo de proteção da liberdade individual; representa autêntica garantia constitucional dos direitos, logo, não deveria ser vulnerado sob pretexto algum. Assim, há que se falar que legalidade é limite. Sua

---

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&ori=1. Acesso em 14 mar. 2024.
[23] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 1504.
[24] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidente da República Getúlio Vargas, 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 mar. 2024.
[25] REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.
[26] DELMANTO, Celso. *et al*. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

flexibilização só deve ser admitida para ampliar as esferas de liberdade. Por essa razão é que em direito penal, a analogia só deve ser aplicada quando estiver diante de uma norma penal não incriminadora[27].

Como já esmiuçado no capítulo anterior, a omissão legislativa que revela o descaso para com o tema, bem como o apelo político da comunidade LGBTQIAPN+, apesar de legítima, não dão causa para que Judiciário faça papel de legislador. Os respaldos jurídicos que se encontram para contrariar o princípio basilar da reserva legal, como vistos, são pequenos ante sua carga protetiva ao Estado Democrático de Direito. Ainda, desta forma, dá-se poder ilimitado ao Supremo, o que pode acarretar no próprio poder se corrompendo. Uma coisa é dizer que o Congresso Nacional está em mora e outra coisa completamente diferente é substituir a vontade do povo e editar a lei. O limite do ativismo é o garantismo.

Portanto, pode-se auferir que, acerca da decisão tomada na ADO/26, sobre o Poder Judiciário recaíram o peso das expectativas e pressões sociais que buscam tornar imediatas as promessas constitucionais efetivas o mais rápido e possível. Neste esteio, o STF tem exercido função normativa no Direito Penal, o que colide diretamente com a garantia constitucional da reserva legal presente na Constituição Federal, art. 5º, XXXIX. Neste esteio, para criminalizar determinada conduta, no caso em epígrafe, trazer a homotransfobia ao rol de crimes de racismo, o Supremo carece de legitimidade e de competência, desencadeando na ultrapassagem dos limites garantidos pelo sistema de freios e contrapesos, o que deságua num desequilíbrio entre os poderes, que por seu turno, reflete e ameaça à democracia.

Conclusão

De tudo que fora exposto, é possível concluir que, diante da evolução da sociedade e seus instrumentos normativos, bem como maior grau de complexidade, o STF vem sendo provocado a se manifestar e, tem entendido que cabe ao Poder Judiciário acompanhar os anseios sociais com a celeridade, quando o Poder Legislativo não o faz, acarretando na instituição de um sistema legislativo indireto, uma vez que a criação de súmulas com características imperativas reservadas à própria Lei afrontam o Estado Democrático de Direito.

O teor da tese trazida pela ADO 26/2019 foi aprovado e implementado por meio da função atípica do Supremo, a qual criou um novo tipo penal, trazendo ao rol de crimes de

[27] PINHO; ALBUQUERQUE. **Precisamos Falar Sobre Garantismo***:* Limites e Resistência ao Poder de Punir. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019. p.107.

racismo da Lei 7716/89 a homofobia e a transfobia, na tentativa de atender aos apelos da comunidade LGBTQIAPN+ e subjugando o ente legiferante. A bem da verdade é que, muito embora o STF conheça do princípio da legalidade e da reserva legal para criar crimes, ainda assim, editou norma incriminadora, o que recai na temática do ativismo judicial e em suas faces favoráveis e ameaçadoras.

No entanto, é preciso entender que não cabe o juízo de equidade em função normativa de matéria de direito penal. Os princípios da legalidade e da reserva legal estão para garantir os limites do cerceamento da liberdade do cidadão, uma vez que, à medida que se edita uma lei penal, perde-se liberdade na mesma proporção. Ainda, é imprescindível dosar qual a medida que se permite que um Poder faça o papel do outro sem que esteja à beira de suplantar a Tripartição dos Poderes e afogar os freios e contrapesos.

Assim, a competência da Suprema Corte frente a este cenário de omissão do ente legiferante está tão somente em acusar a morosidade e trazer à sociedade, sob os escárnios dos parlamentares que elegeram, o seu desmazelo e abandono às causas sociais e políticas de toda uma comunidade que clama por representação e reconhecimento de direitos e de dignidade.

Destarte, fato é que a legalidade é princípio caríssimo ao ordenamento jurídico. Contudo, o princípio da legalidade não é absoluto. É preciso que a segurança jurídica, prestigiada pela lei prévia, conviva com a justiça e com a igualdade. Caso contrário, ao não se efetivar os direitos fundamentais que são pilares e dão razão de ser para o Estado brasileiro, cair-se-á na realidade que a Constituição da República Federal é como mero pedaço de papel[28].

Bibliografia

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

[28] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991. p. 9.

BRASIL. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm.

BRASIL. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial 77.138/SC**. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RSTJ%2C+83%2F168&b=DTXT&p=true&tp=T.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 1442/DF*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053.

DELMANTO, Celso. *et al*. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCISCO, J. C.; ANDREÁ, G. F. M. Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro: utilização restrita e estratégica. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, São Paulo, v. 34, n. 158, jul./dez. 2023. Disponível em https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/108/92.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO; ALBUQUERQUE. **Precisamos Falar Sobre Garantismo***:* Limites e Resistência ao Poder de Punir. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

REALE JÚNIOR. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&ori=1.

VENOSA, S. S. **Direito civil - Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2001.

INSTITUTOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

MARCELLO YAN DE CASTRO

Mestrando em direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Assessor jurídico municipal.

ÂNGELO JUNQUEIRA GUERSONI

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Social e Biodireito da Universidade Salesiana de Lorena – UNISAL. Especialista em Contratos Mercantis e Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Oficial Titular de Cartório Extrajudicial de Pessoas Naturais.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021, novo marco normativo das contratações públicas, consagrou mecanismos de recomposição da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, os quais, embora não inéditos no ordenamento, demandam interpretação técnica e sistematização adequada. O presente estudo detém-se sobre os três instrumentos que conformam o gênero reequilíbrio contratual — a revisão de preços, a repactuação e o reajuste — com especial atenção às distinções conceituais, às hipóteses legais de cabimento e aos critérios jurisprudenciais que orientam sua aplicação. A revisão de preços, aplicável em situações excepcionais e supervenientes, visa corrigir desequilíbrios ocasionados por álea extraordinária e extracontratual. A repactuação, por seu turno, apresenta-se como meio de recomposição nos contratos continuados com predominância de mão de obra, sujeitando-se a interregno anual e à comprovação analítica da variação de custos. Já o reajuste contratual, marcado por seu automatismo e objetividade, consiste na aplicação de índice previamente pactuado, vinculado à data do orçamento estimado, com a finalidade de preservar o valor da contraprestação diante da inflação. O artigo evidencia, ainda, os recentes entendimentos do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas estaduais, ressaltando a importância

da observância dos marcos legais e constitucionais para a preservação do interesse público e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021. Contratações públicas. Revisão de preço. Repactuação. Reajuste.

Abstract: Federal Law n. 14.133/2021, which restructured Brazil's legal framework for public procurement, reaffirmed and systematized legal instruments aimed at restoring the economic-financial balance of administrative contracts. Although previously established under Law No. 8.666/1993, such mechanisms require renewed doctrinal and jurisprudential interpretation in light of the new regulatory context. This paper examines the three modalities of contractual rebalancing — price revision, repactuation, and price adjustment — highlighting their conceptual distinctions, legal hypotheses for applicability, and the analytical frameworks employed by Brazilian audit courts. Price revision is reserved for extraordinary and unforeseeable events that impose excessive burdens on one of the parties. Repactuation is intended for continuous service contracts predominantly involving labor, contingent upon wage variation as established by collective agreements and requiring annual intervals between adjustments. In contrast, price adjustment operates automatically, based on inflation indexes stipulated in the procurement documents and calculated from the estimated budget date. Recent rulings by the Federal Court of Accounts (TCU) and State Courts have refined the boundaries of these instruments, emphasizing adherence to constitutional principles and legal certainty in administrative contracting.

Keywords: Law No. 14,133/2021. Public procurement. Price review. Renegotiation. Adjustment.

Introdução

A Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos) rege as contratações realizadas pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional dos entes federativos, a fim de satisfazer as suas necessidades com um primado objetivo: assegurar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, em observância ao interesse público e aos demais princípios elencados no artigo 5º da supracitada legislação.

Ocorre que os contratos originados dos processos licitatórios, por vezes, têm as suas cláusulas alteradas por meio de algum dos institutos de "reequilíbrios contratuais", previstos na Lei de Licitações e Contratos. Referidos instrumentos de alteração contratual não são novidade na legislação, já estando presentes, desde outrora, na Lei 8.666/93 e legislações correlatas.

Insta, nestante, ressaltar as três espécies do gênero "reequilíbrio econômico", quais sejam "revisão de preços, repactuação e reajuste". Em que pese, erroneamente, aplicados como sinônimos, estes aparatos possuem, em sua essência, diferenças relevantes. Marçal Justen Filho[1] assim ensina:

> A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas. Há alguns instrumentos jurídicos previstos na legislação, mas isso não exclui o cabimento de soluções de outra ordem. [...]
> Existem três instrumentos jurídicos para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa. São eles: a revisão de preços, o reajuste de preços e a repactuação de preços.

Tratar-se-á, adiante, de cada um deles.

1. Revisão de Preços

A revisão de preços encontra previsão legal em diversos dispositivos da Lei 14.133/2021. Tem, como pressuposto, a quebra do equilíbrio econômico do contrato, de modo que o contrato administrativo se torna deveras oneroso para uma das partes, nos termos do artigo 124, II, alínea d, que traz as hipóteses de caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado.

Esta conceituação, aliás, encontra similaridade à conceituação dada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em relevante acórdão, conforme se denota adiante:

> Acórdão 3495/2012-Plenário
> O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é caracterizado pela comprovação, inequívoca, de alteração nos custos dos insumos do contrato. Essa alteração deve ser em montante de tal ordem que inviabilize a execução do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 628.

Verifica-se, por conseguinte, que a revisão de preços ocorre nas hipóteses que há a ocorrência de situações excepcionais, alheias às vontades das partes, de modo que a manutenção do contrato nos termos originários soa como uma afronta à paridade contratual. Ainda nestes termos, deve-se destacar que a mera variação de preços, em margens previsíveis, não assegura o direito à revisão de preços, vez que, ao contratar com a Administração Pública, a empresa assume os riscos do bônus e do ônus no que toca aos valores avençados no instrumento contratual. A professora Di Pietro (2023, p. 654) exorta neste sentido:

> Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

Lado outro, na perspectiva do Poder Público, este não pode conceder, ao bel prazer do gestor da coisa pública, o instituto de revisão em qualquer hipótese, senão aquela que demonstre, de forma idônea, a ocorrência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 124, II, da Lei 14.133/2021. Desequilíbrios ínfimos, variações corriqueiras e dentro de uma margem razoável do valor avençado no certame público, portanto, não são passíveis de revisão, devendo ser reequilibradas por meio do reajuste contratual – instrumento de alteração de preço que não se confunde com a revisão. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União acordou:

> Acórdão 926/2011-Segunda Câmara
> Eventuais mudanças previsíveis em preços de insumos, que tornem o contrato mais oneroso, devem ser enfrentadas através de cláusulas contratuais, que devem prever os preços, as condições de pagamento, os critérios e a periodicidade do reajustamento de preços, além da atualização monetária entre a data de adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. Diversamente, nos casos de fato imprevisível, ou previsível de conseqüências incalculáveis, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, devem ser adotadas providências para restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro, o que demanda maior atenção do gestor.

A revisão de preços, aliás, dada à imprevisibilidade de ocorrência, pode ser concedida a qualquer momento, diferente dos outros institutos de reequilíbrio contratual, que possuem delimitações temporais para a sua efetivação no instrumento. Tal entendimento, aliás, foi balizado por meio de consulta respondida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no ano de 2023:

> Processo:1120126
> RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO
> TRIBUNAL PLENO – 21/6/2023
> CONSULTA. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. ÓRGÃO GERENCIADOR. MUNICÍPIO. ART. 86, § 3º, DA LEI Nº 14.133/21. NORMA ESPECÍFICA. APLICAÇÃO À ESFERA FEDERAL. AUTONOMIA FEDERATIVA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PRAZO. REAJUSTE. ÍNDICE

> DE PREÇOS. REPACTUAÇÃO. MÃO-DE-OBRA. REVISÃO. **FATO** DO **PRÍNCIPE**. DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA.
> Não há prazo mínimo de vigência contratual ou da ARP para a incidência da revisão derivada da ocorrência de **fato** do **príncipe**. O que determinará a sua incidência é a prática de ato estatal de caráter geral que afete a equação econômico-financeira do contrato, em qualquer momento após a oferta da proposta ou do orçamento, desde que a variação seja demonstrada analiticamente, para mais ou para menos. (Grifos nosso).

Marçal Justen Filho (2023, p. 628-629) traça um método de análise dos pedidos de revisão, que deve seguir a seguinte ordem:

> A primeira consiste na verificação de todos os custos originariamente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original.

Ainda, é de se destacar que há hipóteses que, ainda que haja uma variação considerável dos preços dos insumos, a concessão da revisão de preços é afastada. Essa situação foi objeto de um acórdão do Tribunal de Contas da União recentíssimo e, conforme justificado pelo Ministro Relator, Antônio Anastasia, retrata uma medida de inibir pedidos reiterados de revisão em determinados insumos, mantendo, de toda forma, o reequilíbrio econômico-financeiro por meio do reajuste contratual. Convencionou-se o seguinte:

> ACÓRDÃO 1210/2024 - PLENÁRIO
> E lícito que o contrato estabeleça divisão de riscos entre as partes, inclusive no que se refere a faixas aceitáveis de variação nos custos de determinados insumos, principalmente nos casos em que o insumo seja representativo no contexto dos serviços contratados e esteja sujeito a flutuações decorrentes de fatores de difícil previsão, a exemplo dos materiais betuminosos em obras rodoviárias. Para tais faixas de variação, não cabe reequilíbrio econômico-financeiro, resguardado, em todo o caso, o reajustamento periódico (arts. 6°, inciso LVIII; 92, § 3°; e 124, inciso II, alínea d, da Lei 14.133/2021).

2. Repactuação:

A repactuação, por seu turno, conceitua-se como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à

convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

A definição ora exposta é a redação do artigo 6º, LIX, da Lei 14.133/2021 e, neste sentido, é salutar destacar algumas nuances desta forma de reequilíbrio econômico-financeiro. É caracterizada, mormente, pela sua aplicação em contratos que contenham regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra. Com efeito, são, corriqueiramente, atingidos pela repactuação, contratos administrativos cujo objeto seja a terceirização da mão de obra, serviços de limpeza urbana, manutenção predial, entre outros.

Outrossim, o marco utilizado para a concessão da repactuação é a alteração da Convenção, acordo ou dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, de maneira que a divulgação de uma nova Convenção, por exemplo, enseja o direito à contratada de reequilibrar o seu contrato, a fim de alinhar o custo inerente à mão de obra àquele avençado nas disposições daquela. A lei dispõe, neste sentido, o dever de observar o interregno mínimo de um ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação, para a concessão de novo reequilíbrio econômico-financeiro. Desta forma, observa-se que a nova Lei de Licitações e Contratos atentou-se aos julgados do TCU:

> Acórdão 1827/2008 - Plenário
> Nos contratos referentes à prestação de serviços executados de forma contínua a data de referência que servirá para a contagem do interregno de 1 (um) ano para a primeira repactuação, em regra, é a data base da categoria envolvida.
> Acórdão 1574/2015 – Plenário
>
> A repactuação de preços aplica-se apenas as contratações de servicos continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, **desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir**, conforme estabelece o art. 5° do Decreto 2.271/1997, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (grifos nosso).

Faz-se importante ressaltar um ponto que, em que pese previsto na nova Lei de Licitações, já foi enfrentado pelo Tribunal de Contas da União e, por conseguinte, demonstra uma possível norma inconstitucional na Lei 14.133/2021. Essa possível inconstitucionalidade está na exigência de previsão da repactuação no edital, vez que, conforme já decidiu o TCU e, aparenta ser o entendimento mais idôneo, ainda que inexista a menção à repactuação no instrumento editalício, ainda assim deve a Administração Pública conceder o reequilíbrio. Isso porque a Constituição da República irradia efeitos em todo o ordenamento jurídico e, neste sentido, o artigo 37, XXI, dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste teor, assim já decidiu o TCU:

> Em que pese a obrigatoriedade de previsão em edital, prevalece o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal/1988 que assegura ao prestador o recebimento de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. Assim, o fato de a repactuação não ter sido prevista no edital, não há impedimento de o contrato a prever, até porque o edital possibilitou a prorrogação contratual" (Acórdão 1.680/2022, 1.ª Câm., rel. Min. Vital do Rêgo).

3. Reajuste

O reajuste contratual é conceituado pelo artigo 6º da Lei de Licitações e Contratos como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

O artigo 25, §7, do mesmo diploma, dispõe acerca da obrigatoriedade de previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial. Trata-se, pois, do reequilíbrio que visa corrigir os efeitos da inflação no contrato. De tal forma, os índices comumente aplicados são aqueles corriqueiros, como o IPCA, INPC e I-GPM.

Conforme elucida Marçal , trata-se de procedimento de fácil apuração, vez que se trata de um direito subjetivo do contratado. Nesse sentido (p. 630):

> O reajuste de preços dispensa as partes de promover demorados levantamentos acerca dos fatos e de seus efeitos e não se subordina à necessidade de comprovação de eventos extraordinários. O reajuste é instituto jurídico cuja adoção e adequação se relacionam especialmente com a inflação.

No reajuste contratual, não se discute se o valor a ser aumentado é justo ou injusto, moral ou imoral. Isso porque a margem discricionária do gestor, neste caso, é nula. Verifica-se somente a devida aplicação do índice no contrato, que deve considerar a data do orçamento estimado.

Trata-se, indubitavelmente, de instituto que não se pode confundir com a revisão de preços. Enquanto esta é admitida somente em situações excepcionais, como situações de caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, o reajuste é meramente uma correção inflácionária do contrato, que se aplica independentemente de variações drásticas.

Há de se destacar uma importante alteração legislativa e que, em que pese as disposições legais evidentes, precisou de um acórdão do Tribunal de Contas da União para estabilizar o assunto. Na antiga Lei de Licitações, a redação que versava sobre o reajustamento contratual dispunha que este era admitido a contar de um ano do orçamento estimado ou da apresentação da proposta.

Na Lei 14.133/2021, contudo, o reajuste ocorre, necessariamente, a contar de um ano da data do orçamento estimado, não se admitindo mais, com efeito, a delimitação para a concessão deste reequilíbrio a partir do orçamento estimado. Destaca-se, pois, o acórdão do TCU:

> Acórdão 1795/2024
> É ilegal a previsão de reajuste contratual com prazo contado da data da apresentação da proposta, pois o marco a partir do qual se computa intervalo de tempo para aplicação de índice de reajustamento é a data do orçamento estimado (art. 92, § 3°, da Lei 14.133/2021).

Acentua-se, dessa forma, a necessidade de a Administração Pública, de uma vez por todas, desapegar-se das velhas roupas, que não cabem mais, e atentar-se ao regramento do novo sistema jurídico que rege os processos licitatórios e os contratos públicos. A inobservância do marco temporal fixado pelo orçamento estimado deve ser erradicada, vez que enseja um vício descabido nos instrumentos editalícios.

Conclusão

A análise dos institutos de reequilíbrio contratual permite inferir que a Lei n. 14.133/21 consolidou, com robustez e técnica, em face experiência sob a égide da Lei 8.666/93, bem como tornou mais objetiva e coerente a compreensão acerca das hipóteses de cabimento da revisão de preços, da repactuação e do reajuste. Denota-se, pois, que as diferenças são notórias e, desta feita, o estudo da jurisprudência dos Tribunais de Contas da União e dos Tribunais de Contas estaduais mostra-se primordial para o melhor aprofundamento das nuances dos institutos.

O reajuste visa neutralizar os efeitos da inflação sobre o valor da obrigação avençada, de sorte a se tratar de direito subjetivo da empresa contratada e, em regra, concedido de ofício pelo gestor público. A repactuação, por seu turno, configura-se como o reequilíbrio que incide sobre contratos cujo escopo contemple uma parte substancial de mão de obra, a exemplo dos serviços terceirizados, de modo a refletir a correção dos valores constantes, comumente, nas convenções e acordos coletivos de trabalho. A revisão, por fim, está condicionada à demonstração de um contexto de natureza excepcional.

Com efeito, a idônea compreensão entre os três institutos é condição imprescindível para uma boa gestão contratual. Preserva-se, com isso, o equilíbrio contratual, a justa remuneração ao contratado e, sobretudo, a tutela de forma adequada ao interesse público.

Bibliografia

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3495/2012 - Plenário**. Ementa: O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é caracterizado pela comprovação inequívoca de alteração nos custos dos insumos do contrato. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-3495. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 926/2011 - Segunda Câmara**. Ementa: Eventuais mudanças previsíveis em preços de insumos, que tornem o contrato mais oneroso, devem ser enfrentadas através de cláusulas contratuais. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-926. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Processo nº 1120126**. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno, 21 jun. 2023. Ementa: Não há prazo

mínimo de vigência contratual ou da ARP para a incidência da revisão derivada da ocorrência de fato do príncipe. Disponível em: https://pesquisa.apps.tce.mg.gov.br/consulta-processos/1120126. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1210/2024 - Plenário**. Ementa: É lícito que o contrato estabeleça divisão de riscos entre as partes, inclusive no que se refere a faixas aceitáveis de variação nos custos de determinados insumos. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-1210. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1827/2008 - Plenário**. Ementa: Nos contratos referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, a data de referência que servirá para a contagem do interregno de um ano para a primeira repactuação, em regra, é a data base da categoria envolvida. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-1827. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1574/2015 - Plenário**. Ementa: A repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-1574. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1680/2022 - Primeira Câmara**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Ementa: Em que pese a obrigatoriedade de previsão em edital, prevalece o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/1988, que assegura ao prestador o recebimento de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-1680. Acesso em: 19 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1795/2024 - Plenário**. Ementa: É ilegal a previsão de reajuste contratual com prazo contado da data da apresentação da proposta. O marco a partir do qual se computa intervalo de tempo para aplicação de índice de reajustamento é a data do orçamento estimado. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-1795. Acesso em: 19 mar. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ISENÇÃO, EXTRAFISCALIDADE E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO ESTATAL[1]

DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO

Professor Titular de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Poços de Caldas - PUC/MG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBET. Advogado.

Resumo: Este artigo analisa os limites constitucionais da extrafiscalidade na concessão de incentivos fiscais por entes subnacionais, sob a ótica dos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência. Partindo do exame do Programa de Desenvolvimento Industrial (PDI), o estudo discute a legitimidade da intervenção estatal via desoneração tributária, à luz do regime tributário constitucional e da ordem econômica instituída pela Constituição de 1988. Apoiado em doutrina especializada, o trabalho demonstra que, embora seja possível a utilização da tributação como meio de indução econômica, os incentivos fiscais devem observar critérios objetivos, fundamentação razoável e respeito aos limites fixados pelo texto constitucional, sob pena de comprometerem a equidade fiscal e distorcerem a concorrência no mercado.

Palavras-chave: Tributação e intervenção estatal. Incentivos fiscais. Extrafiscalidade. Isonomia, livre iniciativa e livre concorrência.

Abstract: This article analyzes the constitutional limits of extra-fiscal taxation in the granting of tax incentives by subnational entities, based on the principles of equality, free enterprise, and free competition. Starting from the examination of the Industrial Development Program (PDI), the study discusses the legitimacy of state intervention through tax relief, in light of the constitutional tax system and the economic order established by the 1988 Brazilian Constitution. Grounded in specialized legal scholarship, the article demonstrates that, although

[1] A versão original foi publicada com o título "Isenção e isonomia: aspectos econômicos da tributação" na **Revista Direito Tributário Atual**, n. 26, 2011, pp. 207-230. A este texto, foram incorporadas novas argumentações e reformulados alguns trechos.

taxation may legitimately serve as a tool for economic induction, tax incentives must comply with objective criteria, reasonable justification, and the limits set forth in the Constitution, under penalty of compromising fiscal equity and distorting market competition.

Keywords: Taxation and State Intervention; Tax Incentives; Extra fiscality; Equality, Free Enterprise and Free Competition.

Introdução

A tributação, para além de sua função arrecadatória, constitui relevante instrumento de conformação da ordem econômica constitucional, especialmente quando mobilizada com fins extrafiscais. Nesse contexto, a concessão de incentivos fiscais a determinados agentes econômicos, com o objetivo declarado de promover o desenvolvimento econômico e social, levanta importantes questões jurídicas quanto à legitimidade, aos limites e aos critérios de seletividade adotados pelo Estado.

Este artigo parte da análise da legislação estadual e municipal instituidora de Programas de Desenvolvimento Industrial (PDI), nos quais se prevê a concessão de apoios creditícios, financeiros e fiscais a empreendimentos da iniciativa privada. Embora justificada pela busca do progresso econômico regional, a concessão de benefícios fiscais exclusivamente a "novos empreendimentos industriais" – em detrimento de empresas preexistentes – impõe um juízo crítico sobre os fundamentos jurídicos dessa discriminação e sobre a compatibilidade de tais medidas com os princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva, da livre iniciativa e da livre concorrência.

A investigação concentra-se, assim, na extrafiscalidade como manifestação legítima, porém constitucionalmente limitada, do poder de tributar. A partir da identificação do critério de discrímen adotado pelas normas em exame, analisa-se sua adequação à lógica do sistema tributário e sua conformidade com os valores constitucionais que estruturam a atividade econômica no Estado Democrático de Direito.

A abordagem adotada é jurídico-constitucional, com incursões na teoria da tributação indutora e na doutrina da Constituição Econômica. O trabalho propõe-se a demonstrar que, embora seja possível a utilização da tributação como meio de indução econômica, os incentivos fiscais devem observar critérios objetivos, fundamentação razoável e respeito aos limites

fixados pelo texto constitucional, sob pena de comprometerem a equidade fiscal e distorcerem a concorrência no mercado.

1. O regime tributário constitucional

O exercício do poder de tributar encontra-se inteiramente subordinado ao texto constitucional, no qual se estabelecem os fundamentos, as competências e os limites do direito tributário positivo brasileiro, tanto para a União quanto para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É nesse marco que se estrutura o chamado regime tributário constitucional, entendido como o conjunto sistemático de normas e princípios que conformam a tributação legítima em um Estado Democrático de Direito.[2]

Como afirma Ruy Barbosa Nogueira, o direito constitucional tributário compreende "o conjunto de princípios e normas que regulam o poder de tributar do Estado", abrangendo desde a instituição, exigência e arrecadação das rendas tributárias, até as garantias relacionadas ao devido processo legislativo, administrativo e jurisdicional, tanto para o "cidadão-contribuinte" quanto para o fisco.[3] Assim, os princípios que orientam o exercício da competência tributária – também delimitada pela Constituição – estão positivados no próprio texto constitucional. Para a correta interpretação de tais normas, é indispensável apreender a Constituição como um sistema,[4] cujas regras e princípios devem ser analisados em conjunto para revelar seu alcance normativo.

O art. 145 da Constituição Federal inaugura o Sistema Tributário Nacional, seguido de um conjunto de dispositivos que informam e delimitam o exercício da competência impositiva

---

[2] Os textos constitucionais brasileiros, tradicionalmente, cuidam de quatro temas fundamentais na seara fiscal: (i) a previsão das regras matrizes de incidência (ou seja, as situações fáticas que poderão ser apreendidas pelo legislador infraconstitucional para a instituição de tributos); (ii) a classificação dos tributos (espécies tributárias); (iii) a repartição de competências tributárias (demarcação dos respectivos âmbitos de atuação tributária das pessoas políticas); e (iv) as limitações ao poder de tributar (contenções impostas ao exercício da tributação, traduzidas, essencialmente, em princípios e limitações).

[3] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 117-118.

[4] Geraldo Ataliba refere-o nos seguintes termos: "O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa do reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema." (ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 4). O sistema, portanto, pressupõe um conjunto ordenado de elementos que se relacionam entre si de forma harmônica, segundo um postulado de unidade; nele, não há conflitos: existem normas que exercem supremacia sobre outras pela posição hierárquica; normas outras que se sobrepõem por constituírem princípios constitucionais; há, ainda, aquelas que particularizam um preceito legal e outras que ingressam, legitimamente, no sistema, exatamente para contrariar normas precedentes. Nem assim haverá conflito; cabe ao intérprete aplicar o preceito no sentido de que norma superior revoga a anterior quando for com ela incompatível, preservando, com esse procedimento, a estrutura lógica do sistema normativo.

outorgada às pessoas políticas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Tais dispositivos não instituem tributos diretamente, mas estabelecem os parâmetros para seu exercício, compatibilizando a atividade arrecadatória com os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade. Trata-se, portanto, de um sistema normativo rígido, no qual a margem de liberdade do legislador ordinário é sensivelmente limitada.

Para Luís Eduardo Schoueri, os princípios tributários inserem-se no quadro das limitações constitucionais ao poder de tributar, as quais buscam, em conjunto, a unidade econômico-política do Estado brasileiro. Por essa razão, defende-se a análise dos princípios em articulação com a ordem econômica, especialmente no que se refere às normas tributárias com função indutora.[5] O autor destaca que:

> nesse contexto, podem ser citados, dentre outros, os exemplos do princípio da legalidade (em certos casos, mitigado pelo próprio constituinte, admitindo-se que, nos limites da lei, as alíquotas de certos impostos fossem fixadas pelo Poder Executivo, tratando-se de norma tributária indutora, sujeita, então, ao crivo e aos mandamentos da Ordem Econômica); do princípio da anterioridade (com exceções constitucionais específicas, tendo em vista ter o constituinte vislumbrado certos impostos como veículos adequados à introdução de normas indutoras); e do princípio da igualdade (cujo corolário da capacidade contributiva tem conteúdo suficiente para que o aplicador da lei possa identificar a necessidade de um conteúdo econômico na tributação e a busca de ponderações econômicas para que se diferenciem contribuintes).

No campo dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal assegura a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade da propriedade privada (art. 5º). Com isso, a atuação do Estado deve se dar estritamente dentro dos limites traçados pelo ordenamento constitucional, sob pena de nulidade. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[6] sendo os direitos das pessoas jurídicas projeções mediatas dos direitos das pessoas físicas que as compõem, tais garantias fundamentais também se estendem àquelas.

Os direitos fundamentais conformam, na seara tributária, o denominado "estatuto do contribuinte", entendido como o conjunto de direitos, deveres e garantias estabelecidos pela Constituição em matéria tributária, em consonância com os imperativos do Estado de Direito.

---

[5] SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário e ordem econômica. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário***:* estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 537.

[6] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 26: "É preciso, todavia, ponderar que os direitos das pessoas jurídicas são mediatamente direitos de pessoas físicas, sócias ou beneficiárias de sua obra. Por via de consequência, despir de garantia os direitos das pessoas jurídicas significa desproteger os direitos das pessoas físicas. Por outro lado, a própria Declaração reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível desvesti-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas, mas também os direitos destes mediatamente considerados, ou seja, os direitos das pessoas jurídicas brasileiras".

É nesse contexto que se insere o art. 150, II, da Constituição Federal, ao vedar tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente, inclusive quanto à ocupação profissional ou à natureza jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. O princípio da isonomia, reforçado pela cláusula da capacidade contributiva, impõe ao legislador e ao aplicador da norma a observância de critérios econômicos e jurídicos que justifiquem qualquer diferenciação no tratamento tributário.

Esses são os fundamentos constitucionais essenciais à compreensão do sistema tributário brasileiro, a partir dos quais se pode examinar criticamente a extrafiscalidade e os incentivos fiscais à luz dos limites impostos pela ordem econômica constitucional.

2. Incentivos fiscais, extrafiscalidade e os limites constitucionais da intervenção estatal

A partir da segunda metade do século XX, as funções do Estado foram significativamente ampliadas, com forte ênfase na atuação econômica. O paradigma do Estado liberal – sustentado na máxima *laissez-faire, laissez-passer* – foi substituído pela lógica do Estado intervencionista e promotor do bem-estar social. Como observa Ruy Barbosa Nogueira, esse novo modelo "resultou na reformulação total da noção, alcance e conceito de finanças públicas".[7]

No Estado contemporâneo, os tributos deixam de ser apenas mecanismos de arrecadação e passam a ser utilizados como instrumentos de intervenção na ordem econômica e social. Essa vertente da atuação estatal, denominada extrafiscalidade, consiste na utilização dos instrumentos tributários para finalidades diversas da mera arrecadação, visando orientar comportamentos, estimular setores específicos e induzir o desenvolvimento econômico e social.

Nesse contexto, os incentivos fiscais surgem como um dos principais mecanismos extrafiscais, sendo largamente adotados por diversos entes federativos com o propósito de fomentar o desenvolvimento econômico regional, atrair investimentos ou impulsionar setores específicos da economia. Tais incentivos, via de regra, materializam-se por meio de exonerações, reduções de alíquotas ou diferimentos, assumindo a forma de normas tributárias indutoras.[8]

---

[7] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**, p. 184.

[8] Luís Eduardo Schoueri chama a atenção para a intensa relação existente entre direito econômico e direito tributário, notadamente no que concerne ao fenômeno das normas tributárias como instrumento de intervenção econômica, o que ele denomina "normas tributárias indutoras" (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 536). A expressão 'intervenção econômica' é empregada pelo autor na acepção apresentada por Eros Roberto Grau, designando a "ação

A importância dessa categoria normativa é destacada por Luís Eduardo Schoueri, para quem:

> a inclusão de normas tributárias indutoras como medida de intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico impõe a investigação de princípios de Direito Econômico, sejam eles limitadores da intervenção estatal, sejam eles propulsores. Tais princípios devem ser aplicados em conjunto com aqueles classicamente identificados com as normas tributárias, qual feixes que se interceptam na norma indutora, cujo regime jurídico apenas se pode definir a partir da somatória de seus efeitos.[9]

Essa leitura exige, portanto, uma abordagem integrada entre o Direito Tributário e o Direito Econômico, como defende Ricardo Lobo Torres. Segundo o autor:

> As relações entre Constituição Econômica e a Tributária apresentam-se íntimas e profundas. Não há subordinação entre elas, pois a Constituição Tributária não se dilui na Econômica, nem ocorre o contrário. Estão em equilíbrio permanente, influenciando-se mutuamente e relacionando-se em toda a extensão dos fenômenos econômico e tributário.[10]

A extrafiscalidade, assim compreendida, deve estar submetida ao mesmo regime jurídico e aos mesmos limites impostos à atividade tributária em geral. Como lembra Geraldo Ataliba, trata-se do uso de instrumentos tributários com finalidade ordenatória – isto é, voltada à indução de comportamentos – e não meramente arrecadatória:

> Extrafiscalidade é o emprego dos instrumentos tributários – evidentemente, por quem os tem à disposição – com objetivos não fiscais, mas ordinatórios. [...] É o emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política. [...] Quer dizer, quando se trata de extrafiscalidade o legislador mão se preocupa da receita decorrente do tributo, como quer que ela não se realize.[11]

É nesse ponto que emergem os limites constitucionais da extrafiscalidade, notadamente os princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência. O emprego de incentivos fiscais não pode desrespeitar os postulados da equidade fiscal nem comprometer o equilíbrio competitivo entre agentes econômicos, sob pena de converter um instrumento legítimo de política pública em fator de distorção e desigualdade.

---

desenvolvida pelo Estado no e sobre o processo econômico" (GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982).

[9] SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário e ordem econômica, p. 536.

[10] TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 629.

[11] ATALIBA, *Geraldo.* **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1968, p. 150-151. No mesmo sentido, CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 703, nota 5, para quem os incentivos fiscais se inserem no campo da extrafiscalidade, na medida em que visam condicionar comportamentos de contribuintes potenciais, e não propriamente abastecer de dinheiro os cofres públicos. Embora se trate aqui da extrafiscalidade sob a perspectiva dos estímulos fiscais – ou seja, da indução concessiva de incentivos fiscais –, é igualmente possível sua manifestação mediante desestímulos fiscais, como a imposição de alíquotas elevadas com finalidade dissuasória. É o caso, por exemplo, da majoração do imposto de importação sobre determinados produtos, com o intuito de desincentivar sua aquisição e, assim, proteger a indústria nacional.

Por fim, cumpre distinguir incentivos fiscais (também chamados benefícios fiscais ou estímulos foscais) e isenções tributárias. Embora frequentemente utilizados como sinônimos, os termos guardam distinções técnicas relevantes. As isenções são apenas uma das modalidades possíveis de incentivo fiscal e serão abordadas em seção própria, dada sua centralidade para os objetivos deste estudo. Ambas, contudo, integram o domínio da extrafiscalidade e devem se submeter ao mesmo controle jurídico e aos mesmos princípios constitucionais.

3. Isenção como regra de estrutura[12]

A isenção, enquanto categoria jurídica autônoma dentro do sistema tributário, ocupa posição particularmente sensível no debate doutrinário, sobretudo quando analisada sob a ótica da Constituição. Como adverte Paulo de Barros Carvalho, "o estudo do perfil constitucional das isenções é tema delicado porque alça o exame da matéria, ordinariamente tratado no plano infraconstitucional, para apreciá-lo à luz dos preceitos da Lei Suprema".[13]

Com efeito, embora sua natureza jurídica suscite divergências na teoria do Direito Tributário, tais controvérsias têm relevância limitada no plano prático. De forma geral, a doutrina tradicional concebe a isenção como causa legal excludente do crédito tributário, isto é, uma forma de dispensa do pagamento do tributo por previsão expressa de lei.[14] Em contrapartida, autores como José Souto Maior Borges e Alfredo Augusto Becker sustentam que,

---

[12] Vide, nesse sentido, Para Paulo de Barros Carvalho, para quem "as normas de isenção pertencem à classe das regras de estrutura, que intrometem modificações no âmbito da regra-matriz de incidência tributária, esta sim, norma de conduta" (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 500-504).

[13] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 517. Prossegue o autor afirmando que "o enfoque é pouco usual, porquanto a doutrina sobre o assunto, desdobrando-se na análise da farta produção legislativa que marca o exercício das competências tributárias dos entes políticos, raras vezes tem discutido os limites e os pressupostos que a Constituição estabelece, tendo em vista a possibilidade de outorga de isenções." (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 517).

[14] Segundo escólio de Rubens Gomes de Souza, "a isenção é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido." (SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 97). Em sentido inverso, Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem "a isenção não exclui crédito algum, pois é fator impeditivo do nascimento da obrigação tributária, ao subtrair fato, ato ou pessoa da hipótese de incidência da norma impositiva." (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 737). E prossegue o autor: "é erro rotundo considerar a isenção dispensa legal do pagamento do tributo devido. Este conceito é exatamente o que corresponde à remissão do pagamento de tributo devido, que é forma de extinção do crédito tributário." (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, p. 737).

na isenção, sequer há incidência da norma jurídica tributária,[15] tratando-se de hipótese legalmente qualificada de não incidência.[16]

Independentemente da concepção adotada, é pacífico que a isenção opera mediante a edição de uma norma jurídica que modifica os elementos da norma de incidência tributária, resultando em uma desoneração dirigida a determinados sujeitos ou situações. A norma isentiva, portanto, pressupõe a existência de uma regra de tributação, à qual se sobrepõe com o propósito de afastar sua eficácia em casos específicos. Trata-se de um mecanismo que altera o alcance subjetivo ou objetivo da incidência tributária, produzindo efeitos de desoneração fiscal.

Dessa forma, distingue-se nitidamente a isenção da imunidade. Esta decorre diretamente da Constituição e representa uma vedação à própria competência tributária, constituindo regra de competência negativa. Já a isenção é expressão do exercício da competência tributária, situando-se no plano legal e ordinário da atuação estatal, e pressupõe, portanto, a possibilidade jurídica da incidência do tributo.

Além disso, a isenção, como frequentemente ocorre com os instrumentos extrafiscais, pode ser empregada como mecanismo de indução de comportamentos econômicos ou sociais. Por meio da concessão de isenções, o Estado busca orientar a conduta dos contribuintes, incentivando determinadas atividades econômicas, deslocamentos setoriais ou comportamentos desejáveis sob o ponto de vista da política pública. Trata-se, portanto, de manifestação da eficácia extrafiscal da norma tributária, em que a arrecadação cede espaço à finalidade indutora do tributo.

Todavia, o fato de a isenção envolver uma forma de desoneração não autoriza sua concessão arbitrária. Pelo contrário, seu uso deve observar rigorosos parâmetros constitucionais, notadamente os princípios da legalidade, da igualdade e da capacidade contributiva. Isso porque a isenção produz uma diferenciação de tratamento entre contribuintes: uns permanecem sob o ônus da tributação, enquanto outros passam a gozar do benefício fiscal. Tal *discrímen*, para ser legítimo, exige a presença de um interesse público relevante e devidamente justificado, sob pena de configurar violação à isonomia tributária.

Em síntese, a isenção não constitui um privilégio discricionário, mas um instituto jurídico que deve ser manejado com base em critérios objetivos e compatíveis com os valores constitucionais. Sua função indutora, por mais legítima que seja, não pode suprimir ou

---

[15] BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral das isenções tributárias**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.
[16] Paulo de Barros Carvalho lembra ainda que, ao longo das últimas décadas, o vocábulo 'isenção' sofreu inúmeras oscilações semânticas, "de 'dispensa do pagamento do tributo devido', para 'hipótese de incidência legalmente qualificada', passando por 'fato impeditivo', até chegar ao fenômeno de 'encontro de normas com a mutilação da regra matriz de incidência'." (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 517-518).

relativizar direitos fundamentais, tampouco desnaturar os deveres gerais de contribuição. Assim, sua validade deve ser aferida não apenas sob o prisma da legalidade formal, mas também à luz dos princípios estruturantes da ordem constitucional tributária.

4. O princípio da isonomia e os limites constitucionais da isenção tributária

O princípio da isonomia representa um dos pilares do Estado de Direito, encontrando respaldo no caput do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal garantia estende-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país e abrange, entre outros direitos fundamentais, a liberdade, a segurança e a propriedade. O inciso I do mesmo dispositivo explicita a igualdade entre homens e mulheres, enquanto o art. 19, I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

No plano programático, o art. 3º, III e IV da Constituição impõe como objetivos fundamentais da República a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais comandos constitucionais vinculam não apenas os Poderes Executivo e Judiciário, mas também o legislador e todos aqueles que editam normas com força jurídica.

Em matéria tributária, o princípio da isonomia assume contornos específicos no art. 150, II, da Constituição, ao vedar aos entes federativos a instituição de "tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos." Tal norma impõe ao legislador a obrigação de abster-se de criar distinções arbitrárias entre sujeitos passivos, exigindo que qualquer diferenciação de tratamento esteja fundada em critério objetivo, proporcional e constitucionalmente justificado.

Nessa perspectiva, Paulo de Barros Carvalho afirma que

> caberá à legislação de cada tributo, tomando em consideração as notas singulares das diversas classes de sujeitos passivos, eleger fatos distintivos que sejam hábeis para atender às especificidades dos casos submetidos à imposição, de tal maneira que se mantenha a correspondente equivalência entre as múltiplas situações empíricas sobre as quais haverá de incidir a percussão tributária.[17]

[17] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 266-267.

A isonomia tributária, portanto, demanda a observância de proporcionalidade rigorosa no tratamento de situações equivalentes, como condição para a validade do *discrímen*.

Ainda para o autor, o estabelecimento de itens de desigualdade entre os destinatários da norma que se encontram em situações jurídico-econômicas semelhantes "exige a observância de rigorosa e manifesta proporcionalidade, marca decisiva da própria isonomia com que foram tratadas as ocorrências distintas, e que se traduz numa equação reveladora da aplicação do princípio da igualdade tributária".[18]

Complementando essa análise, José Eduardo Soares de Melo sustenta, com base em Seabra Fagundes, que

> a lei deve reger com iguais disposições os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas – e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades. Os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório.[19]

Esse entendimento impõe limites claros à concessão de isenções tributárias e outros incentivos fiscais. Ainda que se reconheça a função indutora da tributação, a isenção não pode operar como um privilégio arbitrário. Como adverte Ricardo Lobo Torres, a igualdade, além de valor ético, é princípio jurídico expresso na Constituição Federal, comunicando-se com outros valores como a liberdade, a justiça e a segurança.[20] Sua aplicação vincula o legislador, que deve observar critérios objetivos e transparentes ao conceder benefícios fiscais.

Assim, não se pode admitir, por exemplo, que empresários recém-instalados em determinada região passem a gozar de isenção fiscal sem que o mesmo tratamento seja estendido àqueles que já ali exercem suas atividades, sob pena de violação à igualdade material e à livre concorrência. Essa prática, além de desincentivar a permanência de empresas locais, pode provocar distorções econômicas graves, levando ao fechamento de negócios estabelecidos que não gozam do mesmo favor tributário. A exclusão de contribuintes em idêntica situação fático-jurídica do alcance da norma isentiva – apenas por critério temporal – configura discriminação inconstitucional.

Por fim, cumpre destacar que a lei isentiva, ao alterar a regra-matriz de incidência do tributo, está sujeita às mesmas limitações constitucionais da norma instituidora do tributo. Isso

---

[18] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 267.
[19] FAGUNDES apud MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 30.
[20] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. II, p. 140.

significa que ela não pode ser manejada de modo a comprometer os princípios da legalidade, da isonomia, da livre concorrência e da proteção da confiança legítima dos contribuintes.

5. Capacidade contributiva como parâmetro

Outro princípio essencial à aferição da legitimidade das isenções tributárias é o da capacidade contributiva, que se projeta como corolário do princípio da isonomia e instrumento fundamental de concretização da justiça fiscal. Previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, esse princípio impõe que, sempre que possível, os impostos assumam caráter pessoal e sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, autorizando a Administração a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos sujeitos passivos, desde que respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei

A capacidade contributiva representa, assim, um critério material de justiça distributiva, opondo-se frontalmente à adoção de regimes tributários que desconsiderem as desigualdades econômicas reais. A isenção, quando concedida sem observância desse princípio, pode produzir distorções na carga tributária, beneficiando indevidamente contribuintes com elevada capacidade econômica, em detrimento dos demais. Por isso, a função indutora do tributo – por meio da concessão de benefícios fiscais – não pode comprometer o equilíbrio vertical da tributação, nem subverter a lógica redistributiva própria dos sistemas tributários modernos.

De igual modo, o princípio da capacidade contributiva dialoga diretamente com a vedação ao confisco, prevista no art. 150, inciso IV, da Constituição, e com os postulados da generalidade, igualdade e proporcionalidade. Todos esses elementos estruturam um sistema no qual o dever de contribuir deve ser compartilhado equitativamente, conforme as condições econômicas de cada agente. Assim, ao legislador incumbe o dever de maximizar a eficácia normativa da capacidade contributiva, não apenas na tributação positiva, mas também na concessão de desonerações seletivas, como a isenção.

Consequentemente, não é legítimo tratar igualmente os desiguais – ou desigualmente os iguais – sem fundamento em critérios objetivos, compatíveis com a Constituição. O tratamento tributário diferenciado, para ser válido, exige motivação racional e demonstração de que atende ao interesse público e respeita os limites da justiça fiscal. Do contrário, a isenção se converte em privilégio ilegítimo, incompatível com o ordenamento constitucional.

6. A ordem econômica na Constituição de 1988

A atuação do Estado na ordem econômica encontra balizas precisas na Constituição Federal de 1988. A compreensão dessas balizas é fundamental para avaliar a validade de incentivos fiscais sob a ótica da ordem constitucional econômica. O ponto de partida, portanto, consiste na identificação das faculdades e limites constitucionais atribuídos ao Estado para intervir no domínio econômico, de modo a permitir uma análise coerente com o sistema normativo vigente.

A Constituição distingue, ainda que de modo implícito, entre a ordem econômica como realidade fática (mundo do ser) e como modelo normativo (mundo do dever ser). O art. 170 da Constituição, ao dispor que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, refere-se à realidade concreta da economia nacional. Já o art. 173, § 5º, ao prever a responsabilização de dirigentes por atos ilícitos praticados no exercício da atividade econômica, evidencia um comando normativo voltado à conformação dessa realidade. [21] Trata-se, portanto, de um sistema normativo que não apenas reflete, mas transforma a economia, com vistas à realização dos fins constitucionais.

Historicamente, as primeiras Constituições apenas recebiam a ordem econômica tal qual ela se encontrava na realidade (mundo do ser), sem nela pretender intervir (mundo do dever ser). Essa é a principal diferença entre a ordem econômica clássica, alinhada ao ideário de Adam Smith e à metáfora da "mão invisível" do mercado – nessa lógica, caberia ao Estado apenas garantir a concorrência e a liberdade de iniciativa, abstendo-se de intervir diretamente na conformação das relações econômicas –, e a atual, expressa pelas normas constitucionais.

Contudo, a partir da consolidação do modelo intervencionista-democrático, consagrou-se a submissão da ordem econômica a valores constitucionais explícitos, como a justiça social, a redução das desigualdades regionais, a defesa do meio ambiente e o pleno emprego. Assim, a livre iniciativa, embora mantenha posição de destaque, passa a conviver com o princípio da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do tratamento favorecido às microempresas e da proteção ao meio ambiente, entre outros.

Nesse contexto, a expressão "ordem econômica"[22] adquire sentido normativo-transformador, autorizando o Estado a atuar tanto de forma indutiva (por meio de incentivos,

---

[21] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56-58.

[22] Escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a finalidade da organização econômica: "É certo que toda organização econômica visa, em última análise, à satisfação das necessidades da comunidade. Entretanto, podem-se considerar sob a rubrica 'finalidade', tomando o termo num sentido lato, tanto os objetivos que se propõe à

isenções e estímulos à inovação), quanto coercitiva (por meio de sanções e regulação de condutas econômicas). Trata-se, portanto, de uma ordem econômica constitucionalmente orientada, que legitima políticas públicas voltadas à consecução de objetivos coletivos.

Importante frisar que o conceito de domínio econômico não se confunde com o de ordem econômica. Conforme leciona Eros Roberto Grau, o domínio econômico refere-se ao campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado;[23] já em sentido amplo, significa qualquer atividade econômica, inclusive a estatal.

Assim, a atuação do Estado no domínio econômico, ainda que excepcional, é permitida – e por vezes exigida – pela Constituição, desde que fundamentada em normas e princípios constitucionais, respeitados os limites da livre concorrência, da proporcionalidade e da justiça social.

6.1. A intervenção no domínio econômico

A Constituição Federal de 1988 – expressão de um constitucionalismo comprometido com a transformação das estruturas sociais – consagrou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a livre iniciativa (art. 1º, IV), princípio que reaparece de forma sistematizada no capítulo dedicado à ordem econômica, nos seguinte termos:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I – soberania nacional;
> II – propriedade privada;
> III – função social da propriedade;
> IV – livre concorrência;
> V – defesa do consumidor;
> VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

---

economia, quanto ao valor atribuído aos móveis da conduta econômica humana. Com efeito, costumam ser impostos à economia objetivos como o poderio do Estado, o bem-estar dos indivíduos (que é mais do que a mera subsistência da comunidade) etc., consoante revela o estudo comparado das constituições econômicas. Por outro lado, encarando-se o móvel dos agentes econômicos, vários posicionamentos constitucionais podem ser distinguidos, como, aliás, na história se revelam. Um se caracteriza por privilegiar o lucro, visto como mola mestra da ação econômica, e, em consequência, pautar a conduta da sociedade no plano econômico pelo *enrichissezvous*. Outro, oposto, proscreve o lucro, esperando que cada indivíduo dê de si segundo suas possibilidades ou capacidades, numa atitude altruísta. Esta visão idealista, claramente presente no mundo de hoje, ora deriva da religião (caso de algumas correntes cristãs), ora de ideologia leiga (conquanto de conotação milenarista, como o marxismo). Um terceiro, a procurar um meio termo, propõe que a busca do lucro seja tolerada, desde que compensada por uma redistribuição inspirada na justiça social." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990, p. 12-13).

[23] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**, p. 162.

> VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII – busca do pleno emprego;
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.[24]

A partir dessa moldura constitucional, verifica-se que a livre iniciativa — juntamente com a valorização do trabalho humano — constitui o regime jurídico da atividade econômica, sendo a livre concorrência seu núcleo estruturante. Trata-se, porém, de princípio relativo, sujeito à harmonização com outros vetores normativos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social, as quais figuram expressamente como fins da ordem econômica.

É importante destacar que o conceito de livre iniciativa delineado pelo texto constitucional pressupõe a prevalência da propriedade privada, base sobre a qual se assentam as liberdades de empresa, de contratar e de lucrar.

Esses são os marcos mínimos que dão embasamento ao regime de produção capitalista, que, entretanto, sob a ótica intervencionista, pode sofrer interferências do Estado por meio de três instrumentos básicos distintos, a saber: (i) o poder de polícia, exercido pelo Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização e planejamento, sendo este indicativo para o setor privado e determinante para o setor público (art. 174, caput); (ii) o fomento à atividade privada, por meio de incentivos, políticas creditícias e favorecimentos fiscais (art. 174); e (iii) a intervenção direta, mediante a exploração estatal da atividade econômica por empresas estatais ou sociedades de economia mista (art. 173).

A atuação estatal fundada no poder de polícia se concretiza, por exemplo, em normas que regulam a concorrência (art. 146-A, CF), protegem o consumidor, instituem tributos com finalidade extrafiscal (instrumento regulatório de atividades), ou disciplinam a função social da propriedade – como a progressividade do IPTU. Já o fomento econômico compreende políticas de estímulo ao desenvolvimento empresarial,[25] como o planejamento estratégico, incentivos

[24] À primeira vista, parece paradoxal ou, pelo menos, antagônico o elenco de princípios constantes do art. 170 da Constituição Federal, visto que alguns dispositivos garantem a propriedade e a livre concorrência, ou seja, a plena liberdade na atividade econômica; e outros, entretanto, exteriorizam a vontade do Estado de proteger e defender as camadas sociais menos favorecidas contra abusos do domínio econômico. A rigor, todavia, não há antagonismo entre os citados preceitos constitucionais. O que estampa o art. 170 da Constituição Federal é a tentativa de conciliação dos interesses econômicos com os interesses sociais. É, em síntese, a proposta de equilíbrio entre o liberalismo econômico e o intervencionismo.

[25] Os arts. 1º e 3º da Constituição Federal são suportes para essas medidas incentivadoras, adotando por fundamentos da República Federativa do Brasil a "dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, garantia do desenvolvimento nacional, etc."

fiscais[26] e programas de crédito por intermédio de instituições como o BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal.

Por fim, a intervenção direta no domínio econômico somente se justifica, nos termos do art. 173, caput, da Constituição, diante de imperativos da segurança nacional ou da necessidade de satisfazer relevante interesse coletivo. Nesses casos, o Estado atua diretamente como agente econômico, por meio de empresas estatais ou em regimes de monopólio (art. 177 da CF).

A grande questão a ser analisada é o limite da intervenção e se seria justificável, à luz do desenvolvimento, da ideia de livre mercado. Em sua perspectiva, as balizas da intervenção deverão ser ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*[27] Qualquer interpretação sobre a devida ou indevida intervenção estatal deverá ser tirada à luz desses princípios e dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a intervenção estatal no domínio econômico pode ocorrer de forma direta (art. 173), ou indireta, por meio de sua atuação regulatória e normativa (art. 174). Na intervenção direta o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços. Na intervenção indireta, o Estado atua como regulador da atividade econômica desenvolvida pelos particulares. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Foi com atenção à referida distinção que a matéria foi disciplinada constitucionalmente. Ao se referir à intervenção direta, a Constituição fala em exploração da atividade econômica pelo Estado e, ao se referir à intervenção indireta, toma o Estado como *agente normativo* e *regulador* da atividade econômica.

O art. 173, *caput*, da Constituição Federal, declara que "ressalvados os casos previstos nessa Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei", apenas permitindo, na exploração da atividade econômica, a presença do Estado para atender (i) a interesse coletivo relevante ou (ii) imperativos da segurança nacional. Por sua vez, o art. 174, em seu *caput*, estabelece que, "como agente

[26] Por meio dos incentivos fiscais, o governo estimula o desenvolvimento de regiões ou de certos setores da atividade econômica, tanto na área produtiva quanto na comercial. A política fiscal é utilizada, também, para o controle das importações e exportações, elevando-se ou reduzindo-se as alíquotas do imposto de importação, de acordo com a conveniência do momento, levando-se em consideração o interesse empresarial ou social. Ainda, tem-se a isenção temporária de impostos entre as vantagens oferecidas a empresas de porte, inclusive as multinacionais, para se instalarem em território brasileiro.

[27] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Reflexões sobre a intervenção do estado no domínio econômico e as contribuições interventivas. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **As contribuições no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 393-394.

normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

Ambas as formas de intervenção têm atuação no (ou sobre o) domínio econômico, portanto constituem fórmulas pelas quais o poder público ordena, coordena e atua na seara econômica, considerando os objetivos maiores, os valores básicos expostos pela Constituição. Nesse contexto, importa definir o que vem a ser "domínio econômico"; para tanto, parte-se da ideia de intervenção do Estado para compreender que intervir necessariamente significa o Estado ingressar em área que originalmente não lhe foi cometida.

Como observa Luís Eduardo Schoueri, trata-se da esfera em que

> o domínio econômico há de ser compreendido como aquela parcela da atividade econômica em que atuam agentes do setor privado, sujeita a normas e regulação do setor público, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, admitindo-se, excepcionalmente, a atuação direta do setor público, desde que garantida a ausência de privilégios.[28]

A distinção é importante para delimitar o campo da intervenção. Não se fala em intervenção, por exemplo, nos casos de prestação de serviços públicos delegados por concessão ou permissão (art. 175 da CF), pois aí o exercício da atividade é atribuição originária do Estado. De intervenção, entretanto, trata o art. 174, que se refere à atividade do Estado "como agente normativo e regulador da atividade econômica". Esse domínio econômico é, assim, campo estranho ao Estado, que apenas atua diretamente (intervenção por absorção ou por participação) na forma do art. 173. E nesse caso, a intervenção propriamente dita está relacionada ao ingresso do Estado em esfera privada, caracterizando-se como atividade paralela à dos particulares, sujeita, quando direta, ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1º, II da CF), determinando, ainda, o § 2º que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".

Finalmente, no que concerne à intervenção indireta, a Constituição de 1988 continua reconhecendo a vertente *regulatória* ou *normativa* da atividade econômica por parte do Estado, ao lado daquela outra, por via da qual se permite a intervenção direta do Estado. A este, portanto, na seara econômica, é permitido atuar como agente *normativo* e *regulador*, e, por meio dessas posições, exercer tríplice função: *fiscalizadora*,[29] *incentivadora*[30] e *planejadora,*[31] como visto anteriormente.

---

[28] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário e ordem econômica**, p. 540.

[29] Para André Ramos Tavares, "a fiscalização é a atividade estatal pela qual se realiza o controle da legalidade do exercício econômico pelos particulares. Realiza-se por meio desta função, a fiscalização das práticas do empresariado, de modo a perceber se há adequação entre estas e as normas jurídicas de conteúdo econômico."

Em síntese, a Constituição de 1988 não apenas admite como exige a intervenção do Estado na economia, seja por via normativa, seja de forma direta, desde que observados os limites constitucionais e os objetivos de justiça social, desenvolvimento nacional e valorização do trabalho.

6.2. Os princípios gerais da atividade econômica

Os princípios da ordem econômica estão delineados no *caput* e nos incisos do art. 170 da Constituição Federal, alocados no Título VII, Capítulo I, sob a rubrica "Dos princípios gerais da atividade econômica". Esses princípios refletem o modelo de economia de mercado adotado pelo constituinte, estruturado sobre a apropriação privada dos meios de produção, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Tais elementos fundamentam uma ordem econômica capitalista, embora temperada por diferentes graus de intervencionismo estatal.

Não obstante o art. 170 represente a base normativa da ordem econômica, outros dispositivos constitucionais igualmente possuem relevante conteúdo econômico. Entre eles, destacam-se o Estado de Direito (art. 1º), que assegura segurança jurídica e previsibilidade às relações econômicas, o Estado federal – do qual decorre a unidade econômica do território nacional – e os objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição Federal.

Esses princípios, ao lado da retórica programática do constituinte, conformam um conjunto de diretrizes normativas estruturantes, destinadas à sistematização da atividade econômica e à realização da justiça social. Como observa Celso Ribeiro Bastos,[32] a partir do texto do art. 170 podem ser identificados quatro princípios diretores da ordem econômica

---

(TAVARES, André Ramos. Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 221).

[30] "O incentivo ocorre quando o Estado estimula, por meio de atos normativos específicos, o implemento de determinada atividade econômica. Essa continua sendo exercida pela iniciativa privada, mas benefícios concedidos pelo Estado direcionam esse exercício." (TAVARES, André Ramos. **Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação**, p. 221).

[31] O planejamento "é um procedimento técnico para direcionar a atuação do Estado sobre a economia em direção à realização de objetivos previamente estabelecidos." (TAVARES, André Ramos. **Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação**, p. 221).

[32] BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 2000, p. 108. Essa posição, contudo, não encontra aceitação unânime na doutrina, nem mesmo quanto à consideração dos dispositivos do art. 170 como princípios. Para Washington Peluso Albino de Souza, as disposições do *caput* configuram fundamentos e objetivos da ordem constitucional, não princípios, considerando o autor que, ao "tratar dos 'princípios gerais', o legislador situou, no primeiro artigo (170), a preocupação para com os seus 'fundamentos' e os princípios a serem observados. Como fundamentos da ordem econômica nomeia 'a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa'. Como objetivo indica o de 'assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social." (SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 102, p. 29-32, abr./jul. 1989).

constitucional: (i) valorização do trabalho humano; (ii) livre iniciativa; (iii) existência digna; e (iv) justiça social.

No que concerne à valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF), o sentido é, antes de tudo, o de garantir o próprio direito ao trabalho. Este dispositivo deve ser visto em conexão com o conteúdo do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, em que se colocam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito. E, como ressalta Eros Roberto Grau, tanto em um quanto em outro caso – definição da República Federativa do Brasil como entidade política constitucionalmente organizada que se sustenta sobre o *valor social do trabalho* e fundamentação da ordem econômica (mundo do ser) na *valorização do trabalho humano* –, estamos diante de princípios constitucionalmente conformadores, na concepção empregada por José Joaquim Gomes Canotilho.[33] Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, a par de compatibilizar os titulares de capital e de trabalho, portam em si evidentes potencialidades transformadoras, expressando, em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, prevalência do trabalho na conformação da ordem econômica.[34]

O trabalho representa uma das formas de realização do homem, na medida em que é através dele que se constrói a dignidade; portanto, a valorização do trabalho, nos termos do que estabelece o art. 170, *caput*, da Constituição Federal, deve representar para o Estado uma obrigação imediata de criação de possibilidades de trabalho. Em um segundo momento, após a garantia da empregabilidade (ou do acesso ao trabalho), devem vir as condições específicas de proteção ao trabalhador, o que envolve não só a contrapartida monetária – que o torne materialmente digno[35] –, como também a possibilidade de estudo, de desenvolvimento cultural etc.[36]

---

[33] GRAU, Eros Riberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 178.
[34] Idem, p. 178-179.
[35] Com acerto, observa Celso Ribeiro Bastos que o trabalho prestado mediante pagamentos vis tangencia a servidão e não é compatível com o estágio socioeconômico dos dias atuais (BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*, p. 108). Do ponto de vista histórico, anota Lafayete Josué Petter que "a encíclica papal *Rerum Novarum*, redigida pelo Papa Leão XIII em 1891, e a *Quadragesimo Anno*, escrita pelo papa Pio XII, editadas no contexto do florescente capitalismo e dos momentos pós-revolução industrial, onde o trabalho humano foi definitivamente caracterizado como uma prestação de serviços (aluguel de serviços) mediante alguma retribuição (por vezes até com mercadorias), podem ser tidas como documentos que assinalavam, já no alvorecer da economia de mercado, para a importância da valorização do trabalho humano, incorporando-se, de alguma forma, nas diversas legislações editadas pelos países." (PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 171).
[36] DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 43-44. Sobre a liberdade de escolha de trabalho, vide: SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 152-153.

A livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que considera como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para a sua própria expansão existencial, para a sua dignidade enquanto homem, porque lhe cabe imprimir um destino à sua vida, uma escolha, a expressão da sua capacidade, e isso tudo só é conseguido por meio da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.[37]

No plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica; em sua conotação econômica, equivale ao direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Assim, esse princípio conduz, necessariamente, à livre escolha do trabalho, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana.

A atuação do Estado na organização, regulação e controle da atividade econômica não pode interferir na livre iniciativa fora dos moldes estabelecidos na própria Constituição Federal. Isso porque, como adverte Modesto Carvalhosa, "o direito à livre iniciativa reveste um caráter de inviolabilidade. Seu núcleo essencial não pode ser abolido ou contestado pelo Estado, por inserir-se na esfera própria dos interesses fundamentais dos residentes"[38]. Assim, o Estado, independentemente de estar intervindo operacionalmente ou por força de sua programação econômica, quando exerce controle legislativo e administrativo sobre o processo produtivo, deverá sempre respeitar o direito à livre iniciativa como fonte fundamental da atividade econômica, não podendo eliminá-la, substituí-la ou limitá-la, fora das estritas e inquestionáveis hipóteses previstas em lei.[39]

Vale destacar, a importância da livre concorrência (art. 170, IV, CF) para o presente estudo, razão pela qual serão tecidas algumas considerações sobre ela. Primeiramente, não se pode perder de vista, como já explicitado anteriormente, que a ordem econômica prevista na Constituição Federal requer um mercado competitivo; assim, na disciplina da proteção de mercado, surge um bem jurídico que praticamente com ele se confunde, qual seja, a concorrência.

Trata-se, como diz Eros Grau, "de princípio constitucional impositivo (Canotilho)"[40]. Significa dizer que a Constituição, afirmando uma opção pelo regime de economia de mercado

---

[37] BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**, p. 111.
[38] CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 119.
[39] Idem, p. 120.
[40] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**, p. 188.

e assumindo essa postura ideológica, adota como princípio o cerne que rege aquele tipo de organização econômica. É, portanto, a livre concorrência, um dos fundamentos de qualquer sistema capitalista, ou, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos,[41] um dos alicerces da estrutura liberal da economia. Sendo livre a concorrência, as leis de mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não o êxito do empreendedor (livre iniciativa). Por isso, relaciona-se muito diretamente com a livre iniciativa. Garante-se a liberdade de concorrência como maneira de alcançar o equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.

Ainda para o autor, a livre concorrência "significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública".[42] Assim, na disciplina da proteção de mercado, surge um bem jurídico que, praticamente, com ele se confunde, qual seja, a concorrência. Fabiano Dolenc Del Masso, discorrendo sobre tal princípio, assevera que ele impõe ao Estado obrigar uma ordem econômica fundada na rivalidade dos entes exploradores do mercado. Segundo esse princípio, o mercado deve ser explorado pela maior quantidade de agentes possíveis, não que se exijam quantidades exorbitantes de agentes, mas o direito deve garantir a entrada e a capacidade de concorrer a quem queira explorá-lo.[43]

Finalmente, a referência à "existência digna" e à "justiça social" oferece um leque muito amplo de significados admissíveis. A primeira delas, também conhecida como dignidade da pessoa humana, está intimamente relacionada ao fim último da atividade econômica do Estado, qual seja, a satisfação das necessidades da coletividade. A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, o qual pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, ou seja, as possíveis atuações próprias de cada homem; e, de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.[44]

---

[41] BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**, p. 132.
[42] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 190.
[43] DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico**, p. 50. Outro não é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, para quem "a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado" (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 25-26).
[44] LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 324 (tradução livre). "El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, El reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación de cada

A existência digna, prevista como finalidade da ordem econômica, abarca apenas as possíveis privações decorrentes da participação do indivíduo na distribuição da riqueza, sendo a distribuição desequilibrada dos ganhos decorrentes da produção econômica, o que mais atenta contra a existência digna em sua configuração econômica.[45]

A segunda – a justiça social – consiste na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazer as suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas. Permeia a Constituição, como norte em sua implementação, o objetivo maior da "justiça social", associada a solidariedade, "deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o indivíduo, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos". A justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando a implementação das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça lhe é intrínseco.[46]

Eros Roberto Grau, partindo do pressuposto de que o princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), afirma que "justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico".[47] Com o passar do tempo, passaria a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista".[48]

A Constituição de 1988 consagra, portanto, uma **economia social de mercado**, na qual a iniciativa privada é protegida, mas a ação do Estado é legitimada sempre que necessária para promover o bem-estar coletivo. O art. 174 da Constituição reforça essa diretriz, ao atribuir ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

---

hombre; de otro, la autodeterminación *(Selbstbestimmung des Menschen)* que surge de la libre proyección de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza." Para Fabiano Dolenc Del Masso, a existência digna, prevista como finalidade da ordem econômica, abarca apenas as possíveis privações decorrentes da participação do indivíduo na distribuição da riqueza, sendo a distribuição desequilibrada dos ganhos decorrentes da produção econômica, o que mais atenta contra a existência digna em sua configuração econômica (DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Da ordem econômica e financeira. In: TANAKA, Sônia Yurico Kanashiro (Org.). **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 548).

[45] DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Da ordem econômica e financeira, p. 548.

[46] TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 130-131.

[47] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 203.

[48] Idem, p. 203-204.

Nesse contexto, os incentivos econômicos – especialmente os de natureza tributária – devem ser compatíveis com os princípios constitucionais da livre concorrência, da isonomia e da justiça social. O incentivo estatal é instrumento legítimo, desde que não distorça as condições de mercado nem favoreça indevidamente determinados agentes econômicos, em detrimento de outros em situação equivalente.

Em suma, a Constituição assegura a todos não apenas o direito de participar da atividade econômica (livre iniciativa), mas também o direito de concorrer em condições equitativas (livre concorrência). O Estado deve preservar esse ambiente competitivo, vedando práticas desleais – sobretudo quando decorrentes de sua própria atuação normativa, administrativa ou tributária. Por fim, todos os atos normativos e administrativos que afetem a esfera econômica devem estar estritamente amparados na legalidade, conforme o art. 5º, II, da Constituição Federal, sob pena de nulidade e violação à própria essência do Estado de Direito.

Conclusão

A ordem econômica é parte integrante da ordem jurídica constitucional (mundo do dever ser) e compõe-se de princípios estruturantes, que preordenam o desenho normativo da realidade econômica (mundo do ser). Tais princípios articulam-se em torno da apropriação privada dos meios de produção e da livre iniciativa, expressando a configuração de uma ordem capitalista atenuada por distintos graus de intervenção estatal. São, portanto, fundamentos para sistematizar a esfera das atividades econômicas criadoras de valor, direcionadas ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades sociais e regionais, orientadas pela justiça social como vetor finalístico da Constituição.

Nesse contexto, a Constituição Econômica e a Constituição Tributária, enquanto dimensões indissociáveis da Constituição política, instituem os contornos jurídicos da organização econômica do Estado brasileiro. Ao mesmo tempo em que conformam juridicamente a atividade econômica, estabelecem limites e instrumentos para sua transformação, mediante políticas públicas voltadas ao bem-estar coletivo.

A grande prova da democracia – e o maior desafio da Constituição Econômica – está na formulação e implementação de políticas públicas capazes de conciliar crescimento econômico com equidade distributiva, de modo a realizar os objetivos fundamentais da República, conforme previstos no art. 3º da Constituição Federal.

A tributação exerce papel central nesse processo. Ela representa não apenas o meio de financiamento da atuação estatal, mas também um instrumento qualificado de intervenção na

economia. É por meio do sistema tributário que se podem articular justiça distributiva e racionalidade econômica, numa síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social. Para isso, a atuação arrecadatória deve observar os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da capacidade contributiva, operando em sintonia com os valores constitucionais que orientam o desenvolvimento.

A isonomia tributária, por sua vez, deve ser compreendida a partir de uma interpretação sistemática da Constituição. As desigualdades sociais e regionais – reconhecidas expressamente como desafios constitucionais – constituem critério legítimo de discrímen, que não apenas pode, mas deve ser adotado pela legislação tributária, especialmente em sua vertente extrafiscal.

Na perspectiva federativa, a busca por investimentos e aumento da arrecadação pode justificar políticas de incentivos fiscais. Entretanto, tais políticas devem observar limites constitucionais materiais e formais: (i) proporcionalidade entre renúncia fiscal e benefícios sociais; (ii) vedação a tratamentos arbitrários ou discriminatórios; e (iii) respeito à legalidade, à transparência e aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Assim, em síntese:

a) dada a rigidez do sistema constitucional tributário, o legislador ordinário não pode inovar na ordem jurídica sem estrita observância aos comandos constitucionais;

b) a extrafiscalidade constitui instrumento legítimo de concretização dos objetivos fundamentais do Estado (arts. 1º e 3º da CF), inserindo-se dentro dos parâmetros constitucionais;

c) qualquer medida tributária com finalidade extrafiscal – inclusive concessão de incentivos – deve estar amparada em valores constitucionais, sob pena de invalidade;

d) os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, e 150, II), da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput) e da livre concorrência (art. 170, IV) são pressupostos constitucionais da atuação estatal no domínio econômico;

e) o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º) é expressão da isonomia e fundamento da imposição tributária, que não se reduz a mero exercício de competência normativa;

f) as leis que estabelecem benefícios fiscais com base apenas no critério temporal violam a isonomia, pois o tempo, isoladamente, é incapaz de justificar tratamento jurídico desigual;

g) as isenções devem ser acessíveis a todos os contribuintes que preencham os requisitos legais, vedando-se discricionariedades incompatíveis com os princípios constitucionais;

h) os benefícios concedidos de forma arbitrária ferem não apenas a isonomia, mas também os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, comprometendo o equilíbrio do ambiente econômico; e

i) a atração de novos empreendimentos mediante isenções fiscais não pode ocorrer em detrimento daqueles já estabelecidos, sob pena de criar desequilíbrios inconstitucionais no mercado.

A construção de um sistema tributário compatível com os objetivos da Constituição Econômica impõe, portanto, limites e deveres. Cabe ao Estado – e especialmente ao legislador – harmonizar justiça fiscal, neutralidade e desenvolvimento, com base na legalidade, na transparência e no compromisso com a justiça social.

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 2000.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. Isenção e isonomia: aspectos econômicos da tributação. In: **Revista Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética/IBDT, v. 26, p. 207-230, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, v. I.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Da ordem econômica e financeira. In: TANAKA, Sônia Yurico Kanashiro (Org.). **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Reflexões sobre a intervenção do estado no domínio econômico e as contribuições interventivas. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **As contribuições no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética/Icet, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LUNÕ, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e alcance do art. 170 da Constituição federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário e ordem econômica. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 102, p. 29-32, abr./jul. 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série Pesquisas Tributárias).

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário**: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. II.

O PERÍODO SUSPEITO NAS FRAUDES À MEAÇÃO: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO FALIMENTAR E O DIREITO DE FAMÍLIA

ELISA DE LIMA CHERBELE

Graduanda da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

RICARDO ALVES DE LIMA

Professor Titular de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Membro da Academia Pouso-alegrense de Letras. Advogado.

Resumo: O período suspeito consiste em lapso temporal no qual os atos praticados pelo falido são considerados ineficazes, em decorrência da decretação da falência. Já as fraudes patrimoniais, imediatamente anteriores ao divórcio, são consideradas atos ilícitos, mascarados por uma falsa legitimidade e licitude, capazes de ludibriar o cônjuge lesado. Assim, as ações realizadas por aquele que causa o dano, dentro de determinado período, pode ser também considerado como suspeito, utilizando a hermenêutica, por analogia. Ambas as situações pretendem servir como salvaguarda a fim de prevenir e combater práticas fraudulentas que podem prejudicar a outra parte ou terceiros.

Palavras-chave: período suspeito; direito de família; direito falimentar; falência e recuperação de empresas.

Abstract: The suspect period consists of a period of time in which the acts carried out by the bankrupt are considered ineffective, as a result of the decree of bankruptcy. On the other hand, property fraud, immediately prior to the divorce, is considered to be an illegal act, masked by a false legitimacy and lawfulness, capable of deceiving the injured spouse. Thus, the actions carried out by the one who causes the damage, within a certain period, can also be considered suspect, using hermeneutics, by analogy. Both situations are intended to serve as a safeguard in order to prevent and combat fraudulent practices that could harm the other party or third parties.

Keywords: suspicious period; family Law; bankruptcy law; bankruptcy and corporate recovery.

Introdução

Tanto na seara do direito falimentar como no direito de família, é útil a análise meticulosa dos períodos que antecedem eventos significativos, tais como a falência de uma empresa ou a ocorrência de um divórcio. Essa análise permite a compreensão desses eventos como fenômenos complexos, que envolvem situações econômicas, sociais e legais.

Propõe-se neste trabalho uma investigação e possível aproximação entre dois conceitos: o período suspeito no direito falimentar e a fraude à meação no direito de família. Seu ponto de encontro se dá na ideia de que a prática de determinados atos, em um determinado tempo, pode levantar dúvidas acerca de sua legalidade e ética, causando expressivo impacto em todas as partes envolvidas, incluindo eventuais terceiros que se encontrem na situação de boa-fé, esperando o mesmo dos demais.

O primeiro capítulo conceitua o período suspeito, termo muito utilizado no Direito Falimentar a fim de definir o início da ruína do falido, tempo em que todos os atos por ele praticados serão considerados ineficazes, visando à proteção de seus credores. Assim, o fenômeno se dá como um furo no casco, este que viabiliza a entrada da água, afundando o navio.

Já o segundo capítulo, elenca as possíveis fraudes à meação, além de suas consequências para o cônjuge lesado pelo outro, munido de poderoso ardil para realizar sua façanha: o afeto. Assim, esse tópico traz uma análise a fim de compreender esse fenômeno, desde suas formas mais simples até as mais complexas.

Por fim, o terceiro e último capítulo é o que se pretende comprovar, neste trabalho, a existência próxima entre o direito falimentar e o direito de família por meio do período suspeito, existente em ambos, mas apenas positivado em um deles. Dessa forma, propõe-se o uso da analogia para preencher essa lacuna deixada pela norma, em prol da melhor proteção ao cônjuge que agiu de boa-fé.

Os referenciais teóricos aqui presentes trabalham com a perspectiva clássica dos conceitos, mas trazendo com eles algumas inovações acerca da matéria, sendo esta a principal proposta do presente trabalho, sugerir nova interpretação a fim de proteger aqueles que se

encontram desamparados pela legislação e, consequentemente, mais suscetíveis à lesão por aqueles que lhes eram mais caros. A Metodologia utilizada foi a dedutiva, por se tratar de um estudo entre duas premissas, o período suspeito e as fraudes à meação, com a posterior aproximação entre ambas. E os principais marcos teóricos foram os autores Gladston Mamede, Ricardo Negrão e Rolf Madaleno.

Por fim, este trabalho se justifica tanto social como juridicamente por propor, a partir de reflexões teóricas, o desenvolvimento de mecanismos jurídicos capazes de prevenir e combater práticas fraudulentas que, potencialmente, são geradoras profundas e deletérias consequências, tanto no Direito Falimentar quanto no Direito de Família.

1. O período suspensivo

Ao estudarmos os institutos da recuperação judicial e da falência, percebemos que o estado de insolvência total do empresário se dá de forma lenta e gradual[1], tal qual um barco com a presença de um furo no casco: a água aos poucos entra, inundando gradativamente e, em seguida, destruindo e levando ao afundamento. Assim ocorre a falência, sua chegada é sorrateira, mas presente. É, portanto, previsível, sendo possível que, na sua antecedência, o empresário deixe bens, contraia obrigações, sabendo que será incapaz de cumpri-las.

Para esses atos, questionáveis, do quase falido, ocorridos em período anterior à decretação de sua insolvência, damos o nome de período suspeito. Este é gênero, que engloba a espécie denominada de Termo Legal[2], marco inicial da falência, período em que serão considerados ineficazes todos os atos proferidos pelo devedor, a fim de proteger os seus credores.[3]

> O termo legal da falência, fixado pelo juiz na sentença declaratória ou por decisão interlocutória posterior, tem utilidade na definição da ineficácia de alguns atos praticados pela falida. Certos autores, inspirados em Carvalho de Mendonça, tomam a expressão "período suspeito" como sinônima de "termo legal da falência"; outros preferem chamar de suspeito todo o lapso temporal, diferente do termo legal, em que o estado falimentar já se pronunciava (cf. Requião, 1975, 1: 110/113). Dê-se-lhe, contudo, o nome que for, interessam para a ineficácia dos atos praticados em nome

[1] ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 214
[2] NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial e de empresa** - recuperação de empresas e falência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 690.
[3] Art. 99, II da Lei 11.101. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111101.htm.

> da sociedade falida as condições estabelecidas em lei, inclusive as pertinentes ao fator temporal.[4]

Portanto, a ineficácia é condicionada à prática, em certo período (termo legal da falência ou os dois anos anteriores à quebra, a depender do inciso).[5] Não há relevância em constatar se a falida agiu ou não por meio de fraude para que o ato, realizado no tempo previsto na lei, seja ineficaz, caso das ações previstas no art. 129 da Lei 11.101/05.[6]

Por conseguinte, ainda que de boa-fé, sem o intuito de fraudar os demais, o contratante que celebra seu negócio jurídico durante esse período, está submetido a sua ineficácia perante a massa falida[7], ou seja, com o devedor que se encontra na iminência da decretação de sua falência.[8]

Assim, a fixação do termo legal é tão importante quanto a declaração do estado falimentar, por se tratar de reconhecimento exato em que as dificuldades, muitas vezes decorrentes dos procedimentos incorretos do devedor, passam a perturbar seus negócios, embutindo neles o "gérmen" da falência.[9]

Ademais, tendo em vista os fatos acima apresentados, a ideia da existência de um termo legal da falência, reforça a natureza declaratória – portanto não constitutiva – da sentença falimentar. Porém, por tratarmos de um fenômeno que ocorre gradualmente, seria um equívoco a alegação de que os efeitos do ato judicial são apenas *ex tunc*, qual seja, consequências apenas posteriores à data de sua publicação, ou do pedido para que fosse proferida.

De fato, a Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 destina uma seção ao tratamento da ineficácia e revogação dos atos praticados antes da decretação da falência. Essa seção compreende os artigos 129 a 138 daquela lei, e atingem os atos do período suspeito de ineficácia. Quanto ao lapso temporal específico formador do período é possível dizer que há variações, já que a previsão legal compreende diferentes tipos de atos em diferentes períodos que antecedem a falência. O maior período referido é o de dois anos, específico para os atos gratuitos e renúncia à herança ou legado pelo falido, atos que, de fato, podem dissimular a intenção de esvaziar o patrimônio que seria atingido pelos credores.

---

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. v. 3. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 307
[5] Idem, p. 308
[6] Idem.
[7] Art. 129 da Lei 11.101. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm.
[8] SACRAMONE, M. B. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1539.
[9] CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. **Curso de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2024. p. 311.

Eis aí, novamente, a importância de se reconhecer a existência de um período suspeito, pois será considerado em sua integralidade, a fim de apurar todos os atos realizados pelo empresário devedor na iminência da decretação de sua total insolvência,[10] realizações estas que serão configuradas como fraudulentas. É válido ressaltar que esse instituto de revogação dos atos do devedor, cometidos no período suspeito, foi criado devido a facilidade da produção de provas em caso de fraudes.[11]

Os negócios jurídicos que se provarem serem eivados de tais vícios podem ser anulados por meio de ação revogatória, também chamada de pauliana. Ela busca legitimar o que ocorre no período suspeito, tornar ineficaz o ato praticado devido a existência de fraude contra credores, a fim de conservar o patrimônio do devedor insolvente.[12] Assim, o período suspeito seria, portanto, nos dizeres de Sampaio de Lacerda:

> (...) estado de colapso patrimonial tem necessariamente um período de incubação que se desenvolve mais ou menos anormalmente, procurando o devedor, através de várias atitudes, evitar o marasmo. Por isso a lei considera certos atos praticados pelo falido, num período que antecede a sentença declaratória, como ineficazes e revogáveis, visando, com isso, a evitar a desigualdade entre credores e beneficiá-los em conjunto.[13]

Destarte, a presente análise tem por objetivo a conceituação do fenômeno do período suspeito, sua aplicabilidade e importância no Direito Falimentar, poderosa arma contra a desonestidade do devedor em desespero, prestes a alcançar sua total insolvência. Todavia, é preciso a observância de que os atos fraudulentos não se encontram adstritos apenas a esta seara do Direito, presente também em sua matéria Familiar, tópico que se verá adiante.

2. Fraudes à meação

É requisito intrínseco à noção de matrimônio a comunhão plena da vida, conforme preconizado no art. 1.511 do Código Civil Brasileiro, igualmente aplicável às demais uniões afetivas que compartilham deste mesmo fim. Assim, deve haver um sentimento mútuo de cuidado e afeto entre os componentes dessa relação familiar, além de mútua assistência,[14]

---

[10] MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2019. E-book, p. 291.
[11] CARVALHO, J.X. Mendonça de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 7. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1964, v. VII, p.508.
[12] MADALENO, Rolf. O Princípio da Revocatória Falencial na Partilha dos Bens Conjugais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese – IBDFAM, v. 1, n. 4. p.160.
[13] LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 13. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996. p. 142.
[14] MADALENO, Rolf. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 27.

conforme art. 1.556 da mesma norma legal, sendo este dever o que nos interessa neste trabalho.

As implicações patrimoniais, por conseguinte, representam consequência natural das entidades familiares, pois o apoio incondicional de seus componentes deve se dar de todas as formas possíveis, seja pela assistência proveniente do afeto que une aquele determinado grupo, ou pelo auxílio pecuniário.[15]

Quando tratamos do instituto jurídico "família", em suas formas plúrimas, falamos do tópico mais sensível presente na sociedade, justamente por se tratar do nó, como síntese de um elemento atador de indivíduos e do ninho, por ser o local mais íntimo do ser, o porto seguro, o calor acalentador do afeto.[16] E é justamente o afeto, esse *animus* que faz um grupo se juntar, o principal responsável pelos imbróglios decorrentes das cismas entre seus membros. Por conta disso, as fraudes patrimoniais em momento tão sensível como o divórcio, causam verdadeiro alarde, uma ruptura, vaso que se quebra.

> Quando os fatos se revelam, quando os estratagemas são datados, o choque de algumas situações abre um talho na história. De repente, o(a) ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) atento(a) para os detalhes, percebe o desfalque. Fez-se personagem de cordel ou folhetim barato, sendo caçado por quem amava e julgava ser amado. Enquanto um se dedica ao tecido dos dias, na ilusão da normalidade, o outro já dá engenharia a um futuro diverso, já arma ou dá o bote. Quem outrora mereceu juras de amor, torna-se o alvo, o adversário, o inimigo, sem que perceba: sem notificação ou imputação.[17]

Para bem iniciar a análise deste tópico, se faz necessária uma conceituação acerca do termo "fraude" e como tal conceito é tratado na seara do Direito de Família. Nesses termos, o ato fraudulento é aquele que se dá de forma ilícita, devido ao desvio de sua finalidade, uma mudança proposital no curso do negócio jurídico[18], realizada para promover atos ilícitos.[19] De fato, o sistema jurídico brasileiro ser interligado, princípios basilares como a eticidade e, como consequência deste, a boa-fé objetiva, são também nortes na matéria familiar, sendo a fraude violação direta a tais mantras.[20] Contudo, além do desvio de finalidade para a

---

[15] MADALENO, Rolf. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 28.
[16] LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder** – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba, Juruá, 2013. p. 147.
[17] MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, Dissolução e Fraude na Partilha de Bens**. 5. ed. Grupo GEN, 2021. p. 31.
[18] MITELLO, Denny. **A partilha de quotas sociais na dissolução do vínculo marital e o uso ilícito da pessoa jurídica para fraudar à meação**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 106.
[19] Idem.
[20] TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008, p. 5.

realização de ato ilícito, a fraude possuí outra característica essencial: ela não se dá de forma explicita. Todos os elementos que a rodeiam possuem ares de legitimidade, roupagem tão perfeita que sua licitude não é questionada. Destarte, torna-se impossível dissociar a fraude da presunção.[21]

Assim, como anteriormente citado, a fraude ocasiona desgastes em qualquer contexto, mas na seara do Direito de Família há o agravante de ser realizada com o poderoso artificio do afeto, este responsável pela união torna-se, paradoxalmente, *modus operandi* do embuste articulado pelo infrator.[22] São inúmeras as formas em que ela pode se dar, mas o objetivo deste trabalho é a análise das mais corriqueiras, tendo em vista o cenário da meação, assunto que será abordado adiante.

Primeiramente, como também é objeto desse estudo o direito falimentar, há que se verificar a possibilidade de fraude quando existe entre a partilha uma pessoa jurídica, qual seja, uma empresa. Nesse contexto, ela pode ocorrer por meio da manipulação contábil, utilizando de ocultações de operações documentadas, inserções de procedimentos fictícios, manipulação dos resultados (alegando falsos déficits ou superávits), dentre outros.[23]Trata-se de meio comum da realização de fraudes, por ser documento em que se presumem verdadeiros os fatos nele contidos, portanto, dificilmente será questionado.

Ainda nessa seara, há a possibilidade de o cônjuge detentor da pessoa jurídica esvaziar seu patrimônio, apropriação indevida de valores destinados à empresa, desviados para o bem de seu proprietário ou ainda, de quem a administra, para fins de obter benefícios no transcurso do processo de divórcio, partilha e dissolução da sociedade.[24]

A fraude pode ocorrer ainda no âmbito da partilha consensual dos bens, situação em que os ex-cônjuges realizam o processo de comum acordo com o que se divide para cada um. Nesse caso, uma possibilidade é a de que uma das partes requeira para si parte exorbitante do patrimônio conjugal, ou ainda, reivindique a propriedade sobre pessoa jurídica, outrora comum entre ambos.[25]

Em suma, as fraudes patrimoniais podem ocorrer de diversas formas quando tratamos do período imediatamente anterior ao divórcio, momento em que os ânimos se afloram, por se tratar de ação cujo objeto central é uma relação de afeto que se finda. O ninho

---

[21] MADALENO, Rolf. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 154
[22] CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101-102
[23] MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, Dissolução e Fraude na Partilha de Bens**. 5. ed. Grupo GEN, 2021. p. 137.
[24] Idem, p. 139.
[25] MADALENO, Rolf. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 173

foi desfeito e os nós, que já seriam moldados por ser condição inerente ao procedimento, se tornam ainda mais volumosos quando um vaso se parte mais de uma vez.

3. O período suspensivo na meação

Como anteriormente analisado neste trabalho, ocorre no direito falimentar um fenômeno, denominado "período suspeito", em que são considerados ineficazes todos os atos praticados pelo falido, em prol da proteção aos seus credores, que não terão suas dívidas quitadas em decorrência da insolvência total de seu devedor. Trata-se, portanto, de uma garantia em decorrência da suspeita da falência.

Foi também objeto de análise a fraude, mais especificamente, àquela cometida no período imediatamente anterior ao divórcio, com fins de prejudicar o ex-cônjuge, obtendo dele, por meio de uma falsa legitimidade, benefícios ilícitos. Há que se observar que, diferentemente do que ocorre no direito falimentar, inexiste proteção contra esta possível lesão, apenas garantia de que ambos terão direito à mesma porcentagem patrimonial, respeitando-se o regime de bens escolhido pelo casal.

Ao se tratar de fraude, trabalhamos com a ideia da presunção, ou seja, ela não é fácil de ser identificada, justamente por aparentar ser ilícita em sua forma e trazer a ilicitude no conteúdo. Ora, o mesmo ocorre com relação ao estado de falência do empresário que realiza atos suspeitos dentro de um determinado tempo, qual seja, dois anos anteriores à decretação de sua total insolvência. Para se declarar a existência de um período suspeito, é preciso que anteriormente tenham existido atos capazes de gerar dúvida quanto à capacidade econômica do empresário, ou seja, uma presunção.

Contudo, o fato de haver, no Direito Falimentar, uma expressa previsão e tipificação do instituto, torna mais fácil a identificação do contexto de suspeição, seja para eivar os atos praticados de ineficácia, seja para palmilhar um caminho a partir de provas indiciárias. Já nos contextos de fraude à meação esse mesmo caminho tem sido muito mais tortuoso e acidentado, justamente pela falta de uma previsão expressa de um instituto semelhante àquele do período suspeito. Tal aproximação entre as matérias já ocorreu no passado, há exatos vinte e quatro anos, por Rolf Madaleno, por meio de artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, em março do já longínquo ano 2000.[26]

[26] MADALENO, Rolf. O Princípio da Revocatória Falencial na Partilha dos Bens Conjugais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese – IBDFAM, v. 1, n. 4. p. 158.

> Mostra a experiência forense com as separações judiciais, que precede ao processo separatório um chamado *período suspeito* permitindo por empréstimo do Direito Falimentar Brasileiro, sejam buscados os pressupostos fáticos e jurídicos que consagram, recomendam e ordenam a aplicação do indissolúvel princípio da revocatória falencial, que chama para trás, convoca a volta dos atos de gestão do esposo que atuou como administrador das despesas conjugais.[27]

Dessa forma, é clara a existência de uma forte similaridade entre os atos realizados pelo falido em seu período suspeito e no modo de operação do cônjuge que quer se beneficiar por meio da fraude. Devido à ausência de previsão legal acerca de proteção para o cônjuge lesado nesse período, qual seja, o imediatamente anterior ao divórcio, podemos aplicar o disposto na Lei de Introdução ao Direito brasileiro, em seu art. 4º, que preconiza a forma de agir na ausência da norma: aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Assim, por analogia, o período suspeito pode ser considerado também nas fraudes à meação, levando-se em conta o acima exposto acerca da forte semelhança entre o comportamento do falido para tentar liquidar ao máximo suas dívidas e do cônjuge que almeja se beneficiar em detrimento da boa-fé da outra parte, usando o afeto que os uniu como principal arma de seu ardil. Ademais, como também dito anteriormente ainda neste trabalho, a lesão, quando vinda de um membro familiar, é capaz de gerar dano expressivamente considerável ao que um eventual causado a terceiro, justamente por vir do mais íntimo, daquele que nunca se esperaria.

Conclusão

Diante das reflexões propostas por este trabalho, buscou-se deixar em evidência a importância do período suspeito, já amplamente considerado no direito falimentar, também no direito de família, em especial, nas fraudes à meação. Isso porque, em ambos os casos, se caracteriza como tempo em que ocorre a realização de atos questionáveis que podem revelar estado de falência, ou lesar a parte contrária no divórcio. Assim, é momento crítico em que há a iminência de potencial lesão às partes envolvidas e a terceiros.

O período suspeito surge no direito falimentar como uma forma de proteção aos credores contra os atos fraudulentos do empresário, que se encontra na iminência de sua total insolvência. Do mesmo modo, nas fraudes à meação, especialmente naquelas imediatamente

---

[27] MADALENO, Rolf. O Princípio da Revocatória Falencial na Partilha dos Bens Conjugais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese – IBDFAM, v. 1, n. 4. p. 158.

anteriores ao divórcio, há também a possibilidade de manipulação, ou ainda, desfalque patrimonial por parte de um dos cônjuges, em detrimento do outro.

A ausência de previsão específica para a proteção do cônjuge lesado em momento tão frágil, autoriza a aplicação analógica do período suspeito também nessa situação, a fim de garantir justa distribuição dos bens do casal. Isso se dá por conta da semelhança entre ambas as situações, os atos fraudulentos do falido e do cônjuge que pretende se beneficiar ilicitamente, assim a analogia se mostra pertinente para assegurar a equidade e os direitos dos envolvidos.

Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. **Curso de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2024.

CARDIN, V. S. G. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

CARVALHO, Mendonça de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. VII. 7. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1964.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. v. 3. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 13. ed., Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996.

LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder** – transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013.

MADALENO, Rolf. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

MADALENO, Rolf. O Princípio da Revocatória Falencial na Partilha dos Bens Conjugais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese – IBDFAM, v. 1, n. 4.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Divórcio, Dissolução e Fraude na Partilha de Bens**. 5. ed. Grupo GEN, 2021.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

MITELLO, Denny. **A partilha de quotas sociais na dissolução do vínculo marital e o uso ilícito da pessoa jurídica para fraudar à meação**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial e de empresa** - recuperação de empresas e falência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

SACRAMONE, M. B. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA SOB O PRISMA DO RESP 1.514.567/SP DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DANIEL MACHADO OLIVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto já difundido e consolidado no direito empresarial brasileiro. Assim como o é, no direito civil, a impenhorabilidade do bem de família, que consiste em uma proteção contra medidas constritivas atribuída ao imóvel residencial da família ou entidade familiar.

O presente texto tem por escopo a abordagem do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução e/ou cumprimento de sentença, bem como o bem de família e a forma como é tratado, em atos constritivos, o imóvel utilizado na integralização do capital social da sociedade empresária, onde residem os sócios-administradores sob a ótica do recente REsp 1.514.567 do Superior Tribunal de Justiça.

1. Instituto da desconsideração da personalidade jurídica

É sabido que uma das autonomias que permeia e estrutura o direito societário é a patrimonial, que está consagrada no art. 1.024 do Código Civil e art. 795 do Código de Processo Civil. Desse modo, sobre o patrimônio do sócio – pessoa física, é vedado que recaia responsabilidades de dívidas e obrigações contraídas pela sociedade – pessoa jurídica. Essa é uma ferramenta importante para o exercício da atividade econômica, de modo que permite ao empresário explorar o ramo econômico escolhido com um certo resguardo de seus bens particulares. Nestes termos, nos ensina o ilustríssimo professor Fábio Ulhoa Coelho:

> como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada.[1]

O Ilustre Professor André Luiz Santa Cruz Ramos, ex-diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), também muito bem leciona a respeito da autonomia patrimonial:

> A autonomia patrimonial é, assim, uma das mais importantes consequências da personalização, permitindo que os sócios e administradores sejam considerados, em suas relações com a sociedade e com terceiros, como pessoas estranhas, a ponto de isentá-los de responsabilidade pelos atos sociais.[2]

No entanto, essa regra comporta exceções. A desconsideração da personalidade jurídica é uma manobra realizada pelo juiz que afasta a personalidade autônoma da pessoa jurídica, de forma que, uma vez admitido, o sócio pode responder, com seu próprio patrimônio, pelas obrigações da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, teoria do levantamento do véu ou Disregard of Legal Entity teve sua origem na jurisprudência inglesa em meados do século passado, com o emblemático caso Salomon x Salomon & Co.3, caso este tido como o leading case da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

É importante levantar o ponto de que a aplicação desse instituto não implica em negação da existência, validade ou eficácia da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. 4A desconsideração é uma ferramenta que impede, justamente, a utilização dessa autonomia para fins ilícitos, fraudulentos que vise a fraude contra credores. Portanto, a aplicação desse instituto se dá para garantir uma proteção extra aos credores, em um cenário que a autonomia patrimonial, ao invés de servir como uma técnica de segregação de risco, esteja sendo utilizada como apetrecho para a prática de fraude contra credores.

Essa teoria encontra respaldo legal no art. 50 do Código Civil e no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. A desconsideração é admitida em regime de exceção, de modo que sua aplicação se dá em certas hipóteses como, por exemplo, quando esteja comprovado o desvio de finalidade, a confusão patrimonial, abuso de direito e demais hipóteses previstas no

---

[1] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97.
[2] CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
[3] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 378.
[4] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97.

art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que aborda algumas hipóteses específicas sob o escopo do microssistema do direito do consumidor.

No direito do consumidor, há a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica sob os fundamentos da teoria menor ou objetiva e da teoria maior ou subjetiva.

Na teoria menor ou objetiva, há de se evidenciar para o Magistrado um único elemento para que ele autorize a manobra da desconsideração: o prejuízo ao credor. Nas palavras do Professor Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

> [...] a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, qual seja o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pela Lei 9.605/1998, para os danos ambientais, e supostamente pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo atingida pelas alterações da Lei da Liberdade Econômica acima pontuadas.[5]

Por outro lado, sob o prisma da teoria maior ou subjetiva, para que o Juízo determine a desconsideração da personalidade jurídica, o credor deve comprovar, cumulativamente, o abuso da personalidade jurídica e o efetivo prejuízo ao credor.

É interessante apontar, também, a possibilidade da aplicação reversa do instituto, a chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Se dá quando o juiz permite a extensão das obrigações contraídas pela pessoa (natural ou jurídica) do sócio para a sociedade. Primariamente, no Brasil, essa teoria somente encontrava respaldo em decisões esparsas e nas doutrinas especializada.

Sendo assim, era frequente nos tribunais pátrios a discussão acerca dessa possibilidade, principalmente em processos de divórcio cujo regime de bens era a comunhão parcial ou total onde, um dos cônjuges, de má-fé, visando a fraude a partilha dos bens, integralizava o capital social de determinada sociedade com bens que deveriam ser submetidos a meação.

Em razão da frequência desse tipo de demanda no Poder Judiciário, essa possibilidade passou a ser normatizada em 2019, com a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 50:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

[5] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

> [...]
>
> §3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

1.1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

No tramite do processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou execução, pode ser de interesse de uma das partes requerer ao juiz que desconsidere a personalidade jurídica de pessoa jurídica que figure no polo passivo, fundado em algum dos motivos elencados no art. 50 do Código Civil ou nas hipóteses específicas quando se tratar de relação de consumo, previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

A instauração do incidente é vinculada, devendo-se observar a aplicação de suas regras procedimentais. O incidente somente será dispensável na hipótese em que a desconsideração seja pleiteada na petição inicial, conforme o art. 134, §2º do Código de Processo Civil.

Ante as características dos incidentes processuais, que tratam de questões controversas que são secundárias, acessórias em relação a discussão principal da lide, a instalação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) suspende o tramite do processo até sua decisão, nos termos do § 3º do art. 134 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, mesmo se houver o surgimento de autos apartados, não há o surgimento de uma nova relação jurídica.

O art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil se encarregam de versar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O pedido deverá observar e demonstrar, por óbvio, no requerimento, os pressupostos previstos em lei, já abordados anteriormente.

O incidente será resolvido, na maioria das vezes, por meio de decisão interlocutória, cabendo agravo de instrumento (art. 1.015, inciso IV do CPC) ou agravo interno, quando a decisão for proferida por relator em sede de 2º grau. Assim ensina o Professor Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será, ao menos em regra, resolvido por meio de uma decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IV, do CPC. O conteúdo da decisão para fins

> de recorribilidade é irrelevante, podendo ter sido o pedido acolhido, rejeitado ou mesmo decidido sem a análise do mérito em razão de alguma imperfeição formal.[6]

2. A impenhorabilidade do bem de família

O bem de família, conforme nos ensina Caio Mário da Silva Pereira:

> [...] é uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio.[7]

O instituto tem por objetivo garantir um asilo à família, visando a garantia do mínimo essencial para família ou entidade familiar.

No que tange ao mínimo essencial, a Constituição da República 1988 (CR/88) elenca seus fundamentos nos incisos do art. 1º do texto constitucional, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento basilar da CR/88, de modo que as normas constitucionais se voltam para sua efetivação.

O direito ao mínimo essencial compõe a dignidade da pessoa humana e encontra respaldo originário no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

> Artigo 25
>
> 1. Todo ser humano **tem direito a um padrão de vida** capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O mínimo social compreende direitos mínimos para a existência digna da pessoa humana, tais como: habitação, lazer, alimentação, educação, saúde, bem-estar, vestuário dentre outros.

No que tange ao direito de habitação, o instituto do bem de família é uma ferramenta que tende a conferir características especiais àqueles bens que proporcionem existência digna para a família.

---

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.
[7] GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Posição 1242.

O texto constitucional adota o instituto do bem de família no inciso XXVI do art. 5º, que garante impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar. O Código Civil também trata de uma espécie do bem de família, o voluntário, no art. 1.711 e seguintes, conceituando o bem de família voluntário, classificando-o, estabelecendo requisitos e exceções ao instituto.

O Código Civil se dedica, tão somente, às disposições legais quanto ao bem de família voluntário, que é aquele instituído pelos cônjuges ou entidade familiar mediante escritura pública ou testamento.

O art. 1.712 do Código Civil dispõe que o bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

O bem de família na modalidade voluntária, poderá ser instituído pelos cônjuges ou entidade familiar mediante escritura pública ou testamento, destinando parte de seu patrimônio para instituir o bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, respeitadas as regras da lei 8.009/1990 que serão abordadas mais à frente.

Só haverá necessidade da instituição na modalidade voluntária, seguindo os parâmetros do Código Civil quando a família ou entidade familiar possuir vários imóveis que são utilizados como residência e quiser impedir que a impenhorabilidade recaia sobre o bem de menor valor. Desse modo, deverá ser instituído o bem de família mediante escritura pública, registrada no Cartório de Registro de Imóveis (CRI) competente, escolhendo dentre os imóveis um de maior valor para tornar-lhe impenhorável.[8]

O art. 1.712 vincula o bem de família móvel ao imóvel, não podendo um existir em apartado ao outro, nem os móveis exceder o valor do prédio constituído como bem de família à época de sua instituição.

A constituição do bem de família voluntário também poderá ser feita por terceiro, devendo ser perfectibilizado mediante doação ou testamento, é o que dispõe o parágrafo único do art. 1.711 do Código Civil.

Com a instituição do bem de família, este fica isento de execução por dívidas que sejam posteriores à sua instituição, com exceção das que sejam de natureza tributária, com fato gerador relativo ao prédio ou de despesas condominiais. Neste diapasão, a terceira turma

[8] GONÇALVES, C. R. **Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

do STJ entende que essa exceção à impenhorabilidade também se estende à dívidas decorrentes da reforma do próprio imóvel, é o que ficou definido no julgamento do Recurso Especial 2.082.860/RS, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

A proteção de constrições conferida pela instituição do instituto do bem de família sobre determinado imóvel extingue-se com a morte de ambos os cônjuges e a maioridades dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

Para além da modalidade voluntária, abordada acima e regida pelas disposições do Código Civil, a lei 8.009/1990 rege o bem de família na espécie involuntária, que são aqueles que não dependem de instituição voluntária por parte dos cônjuges, sua instituição resulta diretamente da lei, de ordem pública. É o que nos ensina o Professor Carlos Roberto Gonçalves:

> Agora, resulta ele diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, que não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 2º e 3º, II a VII (fiança em contrato de locação, pensão alimentícia, impostos e taxas que recaem sobre o imóvel etc.). Tem a jurisprudência admitido a penhora do bem de família por não pagamento de despesas condominiais.[9]

Na modalidade involuntária, a própria lei atribui especial tratamento ao imóvel que sirva de residência da família ou entidade familiar, por questão de ordem pública, ficando os beneficiados (casal ou entidade familiar), dispensado dos procedimentos formais do art. 1.711 do Código Civil.

Nesse conceito, o instituidor da proteção do bem é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. Nessa lei, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado[10].

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidado na Súmula nº 364, caminha no sentido de que o imóvel utilizado para moradia do devedor solteiro, viúvo ou separado também está acobertado pela impenhorabilidade de que trata a lei 8.009/1990.

O STJ também consolidou, na Súmula nº 486, o entendimento de que o imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros é impenhorável desde que os rendimentos obtidos com a locação sejam revertidos para a subsistência ou a moradia de sua família.

---

[9] GONÇALVES, C. R. **Direito de família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Posição 366.
[10] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

No entanto, existem exceções a essa impenhorabilidade. As exceções estão elencadas no art. 3º da lei 8.009/90, extensíveis ao bem de família voluntário, que são:

> *(i).* dívidas decorrentes do financiamento destinado a construção ou aquisição do imóvel;
>
> *(ii).* Pelo credor de pensão alimentícia;
>
> *(iii).* Cobrança de impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
>
> *(iv).* Execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal;
>
> *(v).* Por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
>
> *(vi).* Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Embora o rol de exceções à regra da impenhorabilidade demonstre, em um primeiro momento, ser taxativo, existem diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça flexibilizando essa impenhorabilidade em alguns outros cenários, como por exemplo a possibilidade de penhora do bem de família por dívida decorrente da reforma do próprio imóvel (RESp 2.082.860/RS), a penhorabilidade do bem de família em caso de dívida decorrente de prestação de fiança em contrato de locação (Súmula nº 549 do STJ).

Veja, então, que existem controvérsias sobre o afastamento da impenhorabilidade para além daqueles casos descritos nos incisos do art. 3º da Lei 8.009/1990. O presente texto tem por objeto a análise da (im)penhorabilidade do bem de família integralizado no capital social de uma sociedade de responsabilidade limitada que serve de moradia para os únicos sócios da referida sociedade.

3. A (im)penhorabilidade do bem de família de propriedade da pessoa jurídica sob o prisma do REsp 1.514.567/SP do STJ

O art. 1º da lei 8.009/1990 estabelece que é impenhorável o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Portanto, a proteção é conferida ao imóvel de propriedade da pessoa física devedora, não existindo menção alguma à possibilidade de reconhecimento da impenhorabilidade a imóveis de propriedade da pessoa jurídica.

Estamos diante do caso da desconsideração positiva da personalidade jurídica, expressão utilizada pela doutrina para justificar a proteção conferida pela Lei nº 8.009/1990 a imóvel pertencente à pessoa jurídica, no qual residam os sócios, utilizando o instituto da

Disregard of legal Entity para um fim positivo, ao invés de um propósito punitivo ou repressivo.

Desse modo, cinge-se a controvérsia para definir se o imóvel utilizado de moradia pelos sócios, mas que foi integralizado no capital social de uma sociedade, é acobertado pela impenhorabilidade do bem de família ou não.

Essa foi a matéria apreciada no julgamento do REsp 1.514.567/SP do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti.

Neste caso em específico, cuida-se de ação monitória movida em desfavor dos sócios enquanto pessoas físicas. Todavia, o capital social da sociedade em questão era composto por um imóvel que servia de moradia para os sócios. A parte devedora apresentou impugnação ao pedido de penhora de quotas, sob o argumento de que o imóvel, embora em nome da pessoa jurídica, estava acobertado pela impenhorabilidade do bem de família por, no contexto fático, servir de moradia aos sócios.

O Juízo a quo deferiu o pedido de penhora de quotas, sob o argumento de que a impenhorabilidade acoberta tão somente os bens em nome das pessoas físicas que compõe o casal ou entidade familiar e, considerando que o imóvel era de propriedade da sociedade, era penhorável, considerando o princípio da autonomia patrimonial que rege que os bens pertencentes à pessoa jurídica não integram o patrimônio do sócio pessoa física.

A Ministra Relatora ponderou que o STJ já possui entendimento no sentido de que não se pode admitir, sob a sombra de uma disposição legal protetiva – impenhorabilidade do bem de família, que o devedor pratique atos tendentes a inviabilizar a tutela executiva do credor, o que implicaria o uso da lei para promover a injustiça e, com isso, enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial proteção objetivado pelo legislador. Sendo assim, o princípio da boa-fé objetiva passa a ser o norte para interpretação das normas relativas à impenhorabilidade do bem de família.

Ainda, a Ministra pontuou no sentido de que essa desconsideração deve ocorrer em situação particulares, de forma a não tornar letra morta o princípio basilar do direito societário da autonomia patrimonial.

Para permitir a manobra da desconsideração no caso concreto, deve se evidenciar a boa-fé objetiva do devedor, a partir da análise se o imóvel é de residência habitual da família desde antes do vencimento da dívida ou, se tratando de construção, ter ela sido iniciada antes da instauração do processo executivo. Ou seja, condutas como por exemplo, a compra pela sociedade de imóveis destinados a moradia dos sócios com o intuito de destituir a empresa de

patrimônio apto a responder pelas obrigações sociais não deve fundamentar esse tipo de desconsideração.

Para além da observação da boa-fé objetiva do devedor, a pessoa jurídica deve configurar pequena empresa familiar, em que o imóvel de moradia, embora formalmente em nome da empresa, na realidade, se confunda com o patrimônio da família.

Anotou a Ilustre Ministra Relatora que essa desconsideração deve ser via de mão dupla pois do mesmo modo que pode ser possível a desconsideração positiva para proteção do bem de família de propriedade da sociedade, é possível a desconsideração da personalidade para responsabilizar os sócios por obrigações contraídas pela sociedade, quando o capital social da empresa é constituído exclusivamente do bem de família, mesmo que não evidenciado os requisitos da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade, consolidados no art. 50 do Código Civil, atendendo à necessidade de proteção da residência familiar, escopo da Lei 8.009/90, sem descurar, na medida do possível dos direitos dos credores da sociedade.

Por fim, a Relatora deu provimento ao recurso, aplicando a impenhorabilidade de que trata a Lei nº 8.009/1990 ao imóvel pertencente à pessoa jurídica, ante o caráter familiar da empresa, sua inatividade e inteira confusão entre o patrimônio da empresa irregularmente extinta e o de seus sócios.

Conclusão

Pelo exposto até aqui, com as considerações feitas sobre os institutos da autonomia patrimonial, desconsideração da personalidade jurídica e do bem de família, sob a análise do Recurso Especial 1.514.567/SP, podemos arrematar que é possível a desconsideração positiva da personalidade jurídica para estender a proteção de que trata a Lei nº 8.009/1990 da impenhorabilidade do bem de família para o imóvel de propriedade da sociedade, mas que utilizado como moradia pelos sócios.

Todavia, essa manobra não é admitida de pleno direito, devendo ser analisado caso a caso, sobretudo os princípios da boa-fé objetiva por parte dos devedores, analisando se o imóvel é de residência habitual da família antes do vencimento da obrigação. Ainda, deve ficar caracterizado o caráter familiar da empresa e a confusão patrimonial, ao menos, em relação imóvel objeto da controvérsia.

Por fim, importante pontuar que essa desconsideração da autonomia patrimonial é via de mão dupla, pois do mesmo modo que é possível a desconsideração positiva para

proteção do bem de família de propriedade da sociedade, é possível a desconsideração da personalidade para responsabilizar os sócios por obrigações contraídas pela sociedade, quando o capital social da empresa é constituído exclusivamente do bem de família, mesmo que não evidenciado os requisitos da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade, esculpidos no art. 50 do Código Civil.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

CLÁUSULAS ACIDENTAIS NO CONTRATO DE HOLDING PATRIMONIAL

RAQUEL APARECIDA OLIVEIRA SANTOS

Acadêmica do 9º período do curso de graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Autora do trabalho de curso que deu origem a este artigo.

ÂNGELO JUNQUEIRA GUERSONI

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Social e Biodireito da Universidade Salesiana de Lorena – UNISAL. Especialista em Contratos Mercantis e Direito Civil da Universidade de São Paulo – USP. Oficial Titular de Cartório Extrajudicial de Pessoas Naturais.

ELIAS KALLAS FILHO

Professor Titular e Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-Doutorado na Fundação Cardiovascular São Francisco de Assis. Doutor em Direito Comercial da Universidade de São Paulo – USP. Advogado.

Introdução

Diante da complexidade das relações empresariais e patrimoniais, tem existido uma demanda crescente por estruturas organizacionais mais modernas e condizentes com o interesse de cada empresa. Neste sentido, a Holding tem o seu devido destaque por atender com eficiência a necessidade e complexidade de cada sociedade.

O termo Holding vem do verbo *to hold*, que significa segurar ou portar, e que, no contexto do tema, significa controlar, ou seja, a Holding é um tipo de sociedade criada para deter quotas ou ações de outras sociedades empresariais[1], cujo principal propósito é administrar as participações societárias em outras empresas.

[1] SÁ, Marcio Carvalho de. **A Origem do Sistema de Holding e a Chegada no Brasil**. Publicado em 01 de setembro de 2023. Disponível em: https://marciocarvalhodesa.com.br/a-origem-do-sistema-de-holding-e-a-chegada-no-brasil/#:~:text=O%20termo%20Holding%20vem%20do. Acesso em: 14 out. 2024.

Ela não atua diretamente na produção de bens ou serviços, tendo a finalidade de planejamento sucessório, otimização fiscal ou organização de ativos, sendo suas principais vantagens, a proteção patrimonial, planejamento sucessório mais eficiente, possibilidade de redução de carga tributária, administração profissionalizada dos bens e, também, a facilidade na transferência de patrimônio entre gerações.

As holdings são classificadas de acordo com a natureza do seu propósito[2]. A Holding Pura, também denominada sociedade de participação, tem por objetivo ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades; a Holding de Controle é uma sociedade constituída para deter o controle societário de uma ou mais sociedades; a Holding de participação é constituída para deter participações societárias sem o objetivo de obter o controle; a Holding de administração é organizada para centralizar a participação e administração de outras sociedades, demonstrando planos, metas, orientações, entre outros; a Holding mista tem por objeto social a execução de determinada atividade produtiva, mas também detém participação social relevante em outra ou outras sociedades; a Holding Patrimonial é formada para ser a proprietária de deliberado patrimônio; a Holding Imobiliária é um tipo específico de sociedade patrimonial e é constituída para ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação; e ainda existe a Holding Familiar, que é utilizada por um grupo familiar que possui patrimônio com a finalidade de administrá-lo, considerando a eficácia tributária e o planejamento sucessório da empresa e do patrimônio. Entretanto, não se configura como um tipo específico, mas sim como uma contextualização que pode se enquadrar em diferentes categorias, como holding pura, mista, de administração, de organização ou patrimonial.

A gestão de uma holding pode ficar a cargo dos próprios familiares ou ser delegada a gestores profissionais. Para isso, é fundamental que o contrato social ou o estatuto preveja regras claras sobre a distribuição de lucros, o direito de preferência, a entrada e saída de sócios e o funcionamento do processo decisório. Dito isto, o foco deste artigo será nas cláusulas acidentais em contratos de Holding Patrimonial, ou seja, cláusulas que não são padrão, mas que orientam eventos ou condições específicas que podem ser moldadas conforme a necessidade das partes, sendo capaz de prever situações de transferência de quotas, ingresso e dissolução de novos sócios ou até mesmo uma possível venda, além de estabelecer formas de resolução de conflito por meio de mediação ou arbitragem, a fim de evitar litígios judiciais longos.

---

[2] SÁ, Marcio Carvalho de. **A Origem do Sistema de Holding e a Chegada no Brasil**. Publicado em 01 de setembro de 2023. Disponível em: https://marciocarvalhodesa.com.br/a-origem-do-sistema-de-holding-e-a-chegada-no-brasil/#:~:text=O%20termo%20Holding%20vem%20do. Acesso em: 14 out. 2024.

2. Holding patrimonial e flexibilidade contratual

A constituição de uma holding patrimonial tem sua fundamentação legal na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) e no Código Civil. As principais formas societárias permitidas para sua estruturação são a sociedade limitada, regulada pelo Código Civil, e a sociedade anônima, conforme as disposições da Lei nº 6.404/1976. A Lei Complementar nº 123/2006 exclui expressamente as holdings da possibilidade de optarem pelo Simples Nacional.

O contrato (ou estatuto) social é um documento essencial, pois estabelece as regras de funcionamento da sociedade, incluindo suas cláusulas, a distribuição de lucros, a administração e os direitos e deveres dos sócios. Neste contexto, as cláusulas contratuais desempenham um papel central, sendo elementos fundamentais para estabelecer direitos e deveres entre as partes.

O contrato, em sua essência, é uma manifestação de vontade que visa gerar efeitos jurídicos, e suas cláusulas especificam os termos e condições acordadas. Entretanto, essas cláusulas não possuem um caráter homogêneo, podendo ser definições em essenciais, naturais e acidentais, conforme sua natureza e função no acordo firmado. Essa classificação é necessária para compreender a dinâmica contratual e sua aplicação.

As cláusulas essenciais são aquelas indispensáveis para a existência do contrato. Sem elas, o negócio jurídico não pode ser considerado válido. Elas contêm os elementos mínimos exigidos por lei para que o contrato produza efeitos jurídicos, como a identificação das partes, o objeto e a manifestação de vontade. A ausência de qualquer uma dessas cláusulas inviabiliza a formação do vínculo contratual.

Já as cláusulas naturais não são obrigatórias, mas decorrem diretamente da lei. Essas cláusulas podem ser restauradas ou modificadas pelas partes, desde que não contrariem as normas de ordem pública. Um exemplo é a garantia implícita de qualidade nos contratos de compra e venda, que pode ser ajustada ou restaurada mediante acordo entre os contratantes. Assim, as cláusulas naturais conferem flexibilidade aos contratos sem comprometer sua essência.

Por outro lado, as cláusulas acidentais são aquelas que não estão previstas na lei, mas podem ser inseridas pelas partes para atender a interesses específicos. Estas cláusulas conferem maior personalização ao contrato, permitindo que ele seja adequado às especificações da relação contratual. Os exemplos incluem cláusulas penais, condições

suspensivas ou resolutivas e estipulações de prazo. Sua inclusão, embora não seja necessária, agrega valor ao contrato ao refletir a vontade específica das partes.

Um exemplo de cláusula acidental é a cláusula de exclusão de sócios, que pode ser incluída para prever situações nas quais um ou mais sócios poderão ser excluídos da sociedade. Essa disposição é particularmente relevante em participações patrimoniais, pois permite proteger o patrimônio familiar contra eventuais condutas que possam prejudicar os objetivos da empresa, como atos de má-fé, descumprimento de obrigações ou conflitos irreconciliáveis entre os sócios.

Outro exemplo de cláusula acidental é a previsão de condições especiais para a alienação de cotas ou ações. Embora as cláusulas de restrição à transferência sejam comuns, cláusulas acidentais podem especificar regras adicionais, como a obrigatoriedade de oferecimento prévio das cotas a determinados sócios ou a inclusão de prazos diferenciados para negociações. Essas disposições permitem maior controle sobre a composição societária e podem proteger a continuidade do escopo da holding. Nas participações patrimoniais, esse dispositivo protege a continuidade do controle familiar sobre os bens e evita que pessoas alheias ao círculo familiar ingressem na sociedade.

Pode existir, ainda, a cláusula de estabilidade das participações societárias, que vedam qualquer transferência de quotas ou ações durante um período determinado; ou mesmo a cláusula de inalienabilidade, geralmente vinculada a um interesse de conservação do patrimônio recebido em doação.

Ainda nos casos de doação de quotas ou ações, é possível inserir a cláusula de reversão, por força da qual, na hipótese de o donatário falecer antes do doador, as quotas a estes retornarão.

De grande utilidade e importância nas holdings patrimoniais é também a cláusula de impenhorabilidade, que impede os sócios de oferecer suas quotas ou ações em garantia de qualquer obrigação ou de gravá-las com qualquer ônus.

Outra cláusula acidental relevante é a que estabelece mecanismos para compensação financeira em caso de saída de sócios. Em situações de dissolução parcial, é possível prever regras específicas para cálculo de indenizações ou prazos para pagamento. Essa previsão ajuda a evitar conflitos judiciais e traz segurança jurídica tanto para o sócio excluído quanto para os que permanecem na sociedade.

Também podem ser inseridas cláusulas que determinem benefícios ou condições especiais para determinados sócios, como o direito a voto qualificado ou tratamento diferenciado na distribuição de lucros. Embora sejam menos comuns, essas cláusulas podem

ser úteis em holdings que envolvem sócios com diferentes níveis de contribuição ou responsabilidades na gestão do patrimônio. É fundamental, no entanto, que essas disposições respeitem os princípios de igualdade e proporcionalidade previstos no ordenamento jurídico.

As cláusulas de veto ou quórum qualificado também são comuns, especialmente em participações patrimoniais administradas por múltiplas gerações. Estas cláusulas estabelecem requisitos especiais para a aprovação de determinadas decisões, como a alienação de bens estratégicos ou a alteração do contrato social. Isso confere maior segurança às deliberações societárias e evita decisões precipitadas ou desalinhadas com os interesses da família.

Por fim, cláusulas acidentais podem incluir disposições específicas para situações de dissolução total da sociedade, como a forma de liquidação dos bens ou a destinação de ativos remanescentes. Essas cláusulas ajudam a evitar incertezas e desacordos em momentos críticos, especialmente em holdings que administram patrimônios significativos. Apesar de sua natureza opcional, as cláusulas acidentais são ferramentas estratégicas que podem agregar valor ao contrato social, desde que sejam elaboradas com cuidado e alinhadas aos objetivos da holding.

Como se vê, as cláusulas acidentais são instrumentos indispensáveis para potencializar os benefícios de uma holding patrimonial. Quando aplicadas de forma planejada e estratégica, elas oferecem segurança jurídica, flexibilidade e eficiência, promovendo a estabilidade patrimonial e sucessória e assegurando que a holding atenda aos objetivos de seus idealizadores.

Bibliografia

BASTOS, Alexandre de Mattos**. Holding**: Aspectos jurídicos e práticos – quais os pilares para a construção de uma Holding efetiva? Publicado em 04 de maio de 2022. Disponível em: https://www.rbbs-advogados.com.br/post/holding-aspectos-jur%C3%ADdicos-e-pr%C3%A1ticos-quais-os-pilares-para-a-constru%C3%A7%C3%A3o-de-uma-holding-efetiva. Acesso em 05 dez. 2024.

BERGAMINI, Adolpho. A Constituição da empresa denominada Holding Patrimonial como forma de redução da carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação. **Revista Justilex**, [S.l.], jan. 2004. Disponível em: https://bergamini.adv.br/a-constituicao-de-empresa-denominada-holding-patrimonial-como-forma-de-reducao-de-carga-tributaria-da-pessoa-fisica-planejamento-sucessorio-e-retorne-de-capital-sob-a-forma-de-lucros-e-dividendos-sem/. Acesso em: 05 dez. 2024.

CARTAXO, Vitória Maria Gurgel. **Planejamento sucessório por meio da holding patrimonial e suas implicações**: meio lícito de exercício da atividade empresarial, gestão de

bens e planejamento tributário x fraude contra credores futuros. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraiba, João Pessoa, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/28226. Acesso em: 05 dez. 2024.

FACHINI, Thiago. **O que é holding patrimonial?** Características e como abrir uma. ProJuris. Disponível em: https://www.projuris.com.br/blog/holding-patrimonial/. Acesso em: 04 dez. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**: parte geral, obrigações, contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SÁ, Marcio Carvalho de. **A Origem do Sistema de Holding e a Chegada no Brasil.** Publicado em 01 de setembro de 2023. Disponível em: https://marciocarvalhodesa.com.br/a-origem-do-sistema-de-holding-e-a-chegada-no-brasil/#:~:text=O%20termo%20Holding%20vem%20do. Acesso em: 14 out. 2024.

OLIVEIRA, Daniely Maria Moura de. **Fraude contra credores futuros e sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. 2020. 57f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/22137?locale=pt_BR. Acesso em: 04 dez. 2024.

OSCAR, Felipe. Holding Patrimonial: Conceito e Importância no Planejamento Sucessório. **Jusbrasil**, 2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/holding-patrimonial-conceito-e-importancia-no-planejamento-sucessorio/1882010318. Acesso em 05 dez. 2024.

QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso. **Fraude à Execução e Arbitragem**. 2014. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21012015-075144/pt-br.php. Acesso em 05 dez. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: teoria geral e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DOS EVENTOS ESPORTIVOS

ELIAS KALLAS FILHO

Professor Titular e Coordenador de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-Doutorado na Fundação Cardiovascular São Francisco de Assis. Doutor em Direito Comercial da Universidade de São Paulo – USP. Advogado.

ANA JÚLIA MATHEUS AQUINO FRANCO DE SOUZA

Mestranda em Direito na da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

MARCELA JORGE SILVA

Mestranda em Direito no PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Direito Civil Constitucional. Advogada.

MATTHEWS TEIXEIRA COUTINHO DEVAI

Mestrando em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

Introdução

Na tarde do dia 24 de maio de 2023, aconteceu o Simpósio presencial sob responsabilidade do Prof. Dr. Elias Kallas Filho e ministrado pelo Prof. Me. Gustavo Oliveira Chalfun, que discorreu sobre os desafios atuais do Direito Desportivo, bem como o caso do Cruzeiro em relação à Sociedade Anônima de Futebol (SAF). Posteriormente, foi realizada uma exposição de pôsteres, resultando no presente artigo.

O objeto de discussão do pôster e do artigo é a promulgação da Lei Geral do Esporte que revogou o Estatuto do Torcedor e instituiu normas específicas que regulam as relações de consumo no âmbito esportivo. Dessa forma, faz-se necessário responder quais são os direitos do torcedor em eventos desportivos trazidos pela nova lei e compará-los com os previstos naquela revogada.

Primeiramente, é importante abordar a Lei n.º 10.671/2003, conhecida como "Estatuto do Torcedor", em virtude do seu conteúdo consistir, principalmente, da temática envolvendo o torcedor do futebol, referida lei também se aplicava aos torcedores dos demais esportes profissionais. Todavia, em 14 de junho de 2023, entrou em vigor a Lei n.º 14.597/2023, conhecida como "Lei Geral do Esporte", revogando expressamente o antigo Estatuto do Torcedor.

Assim, com a nova legislação especial, veio a previsão expressa das relações de consumo nos eventos esportivos, objeto de estudo do presente trabalho, positivadas nos artigos 142 à 158 da Lei n.º 14.597/2023. No primeiro momento, faz-se necessário destacar que, apesar da regulação do artigo 142, não existe prejuízo na aplicação de normas gerais de proteção ao consumidor. Em outras palavras, mesmo havendo uma regulamentação expressa e especial sobre o consumo nestes eventos esportivos, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/1990, não se afastará.

Analisando as legislações, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor traz normas gerais e abstratas, garantindo uma variedade ampla de direitos, mas que necessitam de interpretação e construção de uma tese para serem aplicados diretamente no caso concreto.

Já a Lei Geral do Esporte trouxe uma nova legislação especial que garante ao espectador os seguintes direitos: que os ingressos sejam vendidos em, no mínimo, 5 locais localizados em distritos diferentes e 48 horas de antecedência em um sistema ágil, com amplo acesso às informações, ingressos numerados, nos quais conste o valor pago e o local a ser ocupado; que haja segurança nos locais de realização de esportes, contando com acessibilidade ao torcedor PCD ou com mobilidade reduzida, além da disponibilidade de transporte público, com o objetivo de garantir a integridade física e tranquilidade do torcedor antes, durante e após as provas/partidas; que os estádios estejam em plenas condições de limpeza e funcionamento e que sejam disponibilizados produtos alimentícios para venda no local, fiscalizados pela vigilância sanitária e com preços justos.

Por outro lado, há uma crítica sobre a referida lei. Alega-se que tal lei suprimiu os direitos dos consumidores referentes à segurança e transporte previstos no Estatuto do Torcedor, que foi por ela revogado.

Além disso, deve-se destacar que as leis que dispõem sobre o direito do consumidor têm como objetivo a criação de bases para assegurar a todos uma existência digna observando o princípio da defesa do consumidor, previsto na Constituição Federal de 1988.

Diante de todo o exposto, a defesa do direito do consumidor é muito relevante para a defesa da Ordem Econômica e Financeira, uma vez que concede segurança para o consumo

em determinados padrões estabelecidos e garantidos pelo Estado, sob pena de responsabilização dos fornecedores.

Com relação às mudanças provocadas pela edição da Lei Geral do Esporte e a revogação do Estatuto do Torcedor, pode-se dizer que houve uma redução quanto aos direitos à segurança e transporte dos consumidores, o que pode vir a conflitar com o CDC ao utilizar da teoria do diálogo das fontes.

Bibliografia

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. **Estatuto de Defesa do Torcedor**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671compilado.html. Acesso em 03 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.597 de 14 de junho de 2023. **Lei Geral do Esporte**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14597. Acesso em: 03 jul. 2024.

SOARES, R. M. F. **Princípios Básicos do Direito do Consumidor Brasileiro**: São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

SILVA, J. S. L. da; SILVA, A. C. S. L. da. Lei Geral do Esporte suprime direitos dos consumidores no Estatuto do Torcedor. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-25/garantias-consumo-lei-geral-esporte-suprime-direitos-consumidores/#_ftn1. Acesso em 12 abr. 2023.
1
CARDOSO FILHO, J. A. S. Reflexões sobre o Estatuto do Torcedor. **Revista Direito Mackenzie**, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 115-128, ago. 2012. Disponível em: https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4748/3652. Acesso em: 03 de jul. de 2024.

O DIREITO EMPRESARIAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

ÂNGELO JUNQUEIRA GUERSONI

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Social e Biodireito da Universidade Salesiana de Lorena – UNISAL. Especialista em Contratos Mercantis e Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Oficial Titular de Cartório Extrajudicial de Pessoas Naturais.

ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS

Professor de Direito Empresarial e Econômico do Centro Universitário IESB-DF. Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador Federal da Advocacia Geral da União licenciado. Ex-Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI). Autor do "Manual de Direito Empresarial" publicado pela Editora JusPodivm.

DANIEL MACHADO OLIVEIRA

Bacharelando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Extensão Universitária em Contratos Empresariais pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Integrante do Núcleo de Estudos Empresariais vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Monitor das cadeiras de Direitos dos Contratos e Contratos em Espécie da FDSM.

Introdução

No dia 04 de setembro de 2023, por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 11 de 2023, foi instituída uma comissão do tipo temporária e interna com a finalidade de apresentar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). A comissão foi

presidida pelo Ministro e Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão, por vez que teve em sua relatoria o Professor Flávio Tartuce[1].

Para condução dos trabalhos dentro da comissão, foram formadas subcomissões onde coube a cada qual a proposta de revisão e atualização de cada Livro do Código Civil. Integraram a subcomissão responsável pelo Livro II do Código Civil (Do Direito de Empresa) os Professores Marcus Vinicius Furtado Coelho, Daniel Carnio Costa, Des. Moacyr Lobato e Flávio Galdino, onde coube a relatoria parcial à Professora Paula Andrea Forgioni, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo[2].

Após um extenso esforço da comissão para atualizar e revisar o Código Civil, incorporando jurisprudências consolidadas dos tribunais superiores e considerando sugestões da sociedade civil, tribunais de justiça, academia e advocacia, conforme o parecer nº 1 da subcomissão de Direito Empresarial[3], foi elaborado o relatório final e o quadro comparativo entre o anteprojeto e o texto vigente.

Do que consta do relatório geral apresentado, a reforma do Livro de Direito da Empresa introduziu modificações pontuais na disciplina do Direito Empresarial, com o escopo de impulsionar o fluxo de negócios no País, a atração de investimentos, fomentando o empreendedorismo e a concorrência, essenciais à geração de riquezas para a sociedade[4].

Em termos gerais, busca-se a previsibilidade e a segurança jurídica no âmbito das relações societárias e/ou empresariais, a partir da positivação da principiológica própria do direito empresarial e dos contratos empresariais, independência principiológica esta que já é consolidada pela jurisprudência brasileira.

De início, o relatório final apresenta interessante modificação no *caput* do art. 966 do Código Civil, superando a sistemática fascista de conceituar a empresa a partir do empresário, passando a constituir empresa a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação e produção de riquezas.

> Art. 966. Considera-se empresa a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação de riquezas, com escopo de lucro, em prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano.
>
> § 1º Exercem atividade empresarial o empresário e a sociedade empresária.
>
> § 2º Não se considera atividade empresarial o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou

[1] SENADO FEDERAL. **Relatórios Parciais – Subcomissões da CJCODCIVIL**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630. Acesso em: 24 ago. 2024.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.
[4] Ibidem.

> colaboradores, salvo se requerida a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, ressalvadas as obrigações assumidas perante terceiros antes de registrada a empresa.

Em uma brevíssima restrospectiva histórica, ao tempo da gestação do projeto do Código Civil de 2002, este inspirou o conceito de empresa a partir do empresário tendo por referência o Código Civil Italiano de 1942. O conceito de empresa a partir do empresário no *Codice Civile* nasce influenciado pelo contexto fascista, por vez que teve a Carta del Lavoro como exposição de motivos[5].

Para além da atualização no conceito de empresa, foi sugerida a inclusão do art. 966-A para adotar/reconhecer de forma expressa a principiologia específica que rege a atividade empresarial, conforme discorrido no parágrafo quinto deste texto, a partir da positivação de que as disposições do Livro II do diploma civil devem ser interpretadas visando o estímulo ao empreendedorismo e ao desenvolvimento dos negócios no país.

Nos incisos III e VII reforçou-se a observância pelos princípios da autonomia privada e da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*) onde, no contexto empresarial, somente poderão ser afastados em caso de violação de normas de ordem pública. Não menos importante, o inciso VI seguiu o caminho levemente trilhado pela Lei nº 14.451/2022 prezando pelo princípio da deliberação majoritária do capital social, em caso de inexistência de disposição em contrária no contrato social.

> III - da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública;
>
> [...]
>
> VI - da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social;
>
> VII - da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública;

Para além das alterações sugeridas na Parte Geral de Empresarial, mas ainda no que tange ao tão importante princípio *pacta sunt servanda* que deve ser protegido em todos os âmbitos do ordenamento jurídico mas, precipuamente, no âmbito do direito empresarial tendo em vista a lógica própria do direito comercial e seus princípios pecualiares, adaptados e esculpidos conforme a lógica própria do funcionamento do mercado, se faz imprescindível algumas considerações no que toca aos contratos empresariais.

---

[5] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 44 e 53.

Os contratos empresariais regem-se por parâmetros próprios, distintos àqueles que regem a estruturação e interpretação dos contratos civis e de consumo, peculiaridade essa que reside, principalmente, no fato de que nas relações empresariais, ambos os polos do contrato moldam seu comportamento e as disposições contratuais na busca pelo lucro. Nos ensina a Paula A. Forgioni em sua obra sobre teoria geral dos contratos empresariais:

> O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua "vontade comum" e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.
>
> [...]
>
> Dizemos que a "natureza e o espírito do contrato" comercial são condicionados pela "vontade comum" das partes, direcionada que é pelo escopo de lucro que grava cada uma delas.
>
> No contrato consumeristas, essa luta pelo lucro recai apenas sobre uma das partes [a empresa fornecedora]; nos civis, pode inexistir [como no caso da doação] ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento [locação, por exemplo].
>
> De qualquer forma, mesmo nessas hipóteses, o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, toda ela, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade profissional.[6]

É nessa linha de raciocínio que seguiu a sugestão de inclusão do art. 421-F e art. 421-C com seu parágrafo primeiro, este que substituiu o art. 421-A que havia sido incluído pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019):

> "Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais.
>
> § 1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise:
>
> I - os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem receber o tratamento específico que consta de leis especiais, assim como os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades;
>
> II - a boa-fé empresarial mede-se, também, pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm, quanto à natureza do negócio celebrado e quanto ao comportamento leal esperado de cada parte;
>
> III - na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato, o juiz valer-se-á dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo

[6] FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 38-39.

> comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual;
>
> IV - são lícitas em geral as cláusulas de não concorrência pós-contratual, desde que não violem a ordem econômica e sejam coerentemente limitadas no espaço e no tempo, por razoáveis e fundadas cláusulas contratuais;
>
> V - a atipicidade natural dos contratos empresariais;
>
> VI – o sigilo empresarial deve ser preservado.
>
> § 2º Nos contratos empresariais, quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes, não se aplicará o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> Art. 421-F. Aos contratos empresariais aplicam-se os princípios que estão na descritos no art. 966-A deste Código, no que couber."

Tivemos, também, importantes sugestões de mudanças no que toca aos requisitos do contrato social, dispostos no art. 997 do Código Civil. O anteprojeto sugere nova redação ao inciso I do referido dispositivo legal passando a ser requisito para o registro do ato constitutivo da sociedade o método, os parâmetros de apuração de haveres, o prazo e demais condições de pagamentos.

> Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
>
> I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais ou jurídicas, e o nome empresarial, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas, o método e os parâmetros de apuração de haveres, o prazo se demais condições de pagamento dos haveres;

A proposta de inclusão dos referidos requisitos objetiva desafogar o Judiciário nos âmbitos da ação de dissolução parcial de sociedade, tendo em vista que quando da apuração de haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada este terá por interesse seu benefício pessoal, por vez que a sociedade empresária terá por interesse que os valores a serem pagos sejam os menores possíveis, de forma a não comprometer de forma estrutural o fluxo de caixa social.

A ausência de estipulações expressas quanto aos métodos, parámetros, prazo e demais condições de pagamento na fase de apuração de haveres acarreta, principalmente, dois tipos de problemas: (i) a alta probabilidade de judicialização do procedimento onde será observada a regra geral do art. 606 do Código de Processo Civil, o que perdurará no Judiciário por anos e (ii) a questão do prazo e forma de pagamento dos haveres apurados.

Naquele último caso, em inexistindo o acordo de como os haveres serão pagos pela sociedade empresária, dever-se-ia observar o disposto no art. 1.031, §1º do Código Civil, que estabelece que a quota liquidada deverá ser paga em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias a partir da liquidação.

A bem da verdade, no contexto empresarial brasileiro, é muito provável que a sociedade empresária não tenha condições e aptidão financeira de efetuar o pagamento dos haveres do sócio excluído, falecido ou que exerceu o direito de retirada no prazo de 90 (noventa) dias. Isso, por si só, acabaria comprometendo a continuidade da atividade empresarial, afrontando o princípio da preservação da empresa, que teve sua inclusão expressa no texto do anteprojeto, no art. 966-A, inciso VIII. Fábio Ulhoa Coelho muito bem nos ensina sobre o princípio em comento:

> Quanto se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos[7].

Sendo assim, percebe-se que a sugestão de que o prazo e as condições de pagamento dos haveres sejam, obrigatoriamente previstos no contrato social, visa, também, proteger o princípio da preservação da empresa, que muita das vezes pode ser comprometido com a aplicação rígida do §2º do art. 1.031 do Código Civil.

Ainda no que toca a apuração de haveres, houve proposta interessante de mudança no já comentado art. 1.031 do Código Civil. Na redação sugerida, o caput passa a prever expressamente a data da resolução da sociedade, bem como de que a liquidação das quotas será feita conforme o contrato social e, somente na nova redação do parágrafo segundo, traz-se as regras gerais em caso de omissão do contrato social.

A partir do texto sugerido, o Código Civil passaria a adotar expressamente o método do Balanço de Determinação, refletindo o que já havia sido consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na aplicação do art. 1.031 e em conformidade com o art. 606 do Código de Processo Civil.

> Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á conforme determinado no contrato social.

---

[7] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 79.

> [...]
>
> 2º Em caso de omissão do contrato social, o juiz observará, como critério de apuração de haveres, o valor apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se, a preço de saída, os bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, inclusive os gerados internamente, além do passivo, a ser apurado de igual forma.
>
> § 3º O critério de determinação do valor das quotas para fins de apuração de haveres estabelecidos no contrato social será observado, mesmo que resulte em valor inferior ao apurado em qualquer outro método de avaliação.

Observação interessante é a sugestão de inclusão do parágrafo terceiro que prevê que, para fins de apuração de haveres, o método estabelecido no contrato social será observado mesmo que resulte em valor inferior ao apurado em qualquer outro método de avaliação existente. Busca-se reforço ao princípio do *pacta sunt servanda* e da ideia da soberania do contrato social, impedindo a interferência e a tutela do Poder Judiciário nas relações societárias. Nesse diapasão, veja-se a nova redação sugerida ao art. 1.053:

> Art. 1.053. O contrato social é o instrumento de regência da sociedade limitada cujo teor somente poderá ser afastado em caso de violação da lei.

Mais uma vez, nota-se o zelo da subcomissão de ascender o princípio da força obrigatória das convenções e da ideia da supremacia do contrato social.

Por fim, importante tecer algumas considerações das mudanças sugeridas às disposições que versam sobre o estabelecimento empresarial, compreendidas entre os artigos 1.142 e 1.149 do Código Civil.

O estabelecimento empresarial, conceituado pelo art. 1.142, é todo o complexo de bens organizado para o exercício da atividade empresarial. A sugestão de alteração que mais interessa para fins de estudo neste texto, é a nova redação indicada para o art. 1.147, que traz o seguinte texto:

> Art. 1.147. O alienante pode atuar livremente no mesmo mercado do estabelecimento alienado, salvo solução diversa pactuada por escrito entre as partes, quanto ao tempo e ao espaço de não-concorrência.

A nova redação que consta do anteprojeto é totalmente o oposto ao previsto atualmente no caput do referido dispositivo legal, que prevê que, não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento empresarial não pode fazer concorrência ao adquirente nos 05 (cinco) anos subsequentes à transferência.

O texto atualmente em vigor pode ser considerado polêmico por prever a não-concorrência como regra. A ideia atualmente prevista no artigo em comento se originou após o emblemático caso da Companhia de Tecidos de Juta vs. Companhia Paulista de Aniagem que, após a derrota do adquirente no conflito judicial, o direito brasileiro começou a defender, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, a ideia de que reputa-se implícita a cláusula de não-concorrência nos contratos de trepasse, tese que era defendida por Carvalho de Mendonça, Oscar Barreto Filho e Pontes de Miranda[8].

Ponto sensível dentro da ideia no não-reestabelecimento é a necessidade de delimitação territorial e do ramo da atividade empresarial da cláusula de não-concorrência, delimitações essas que não são previstas pelo atual texto do diploma civil.

Nesse sentido, o Desembargador Ricardo Negrão discorre sobre as cláusulas de interdição de concorrência, consignando que por constituírem restrição de direitos, devem ser limitadas no tempo, território e atividade empresarial, sob pena de afrontar o direito do trespassante a exercer profissão lícita, conforme a garantia constitucional do art. 5º, inciso XIII da Constituição da República de 1988[9].

Ante a regra de 05 (cinco) anos prevista no art. 1.147, nada impede que as partes estabeleçam prazo maior da cláusula de não concorrência. Todavia, no que toca ao período temporal, o Enunciado nº 490 da V Jornada de Direito Civil entendeu que a ampliação do prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 1.147, ainda que no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente se abusiva[10].

Diante da sugestão de alteração do art 1.147, toda a discussão acima perde relevância, considerando que a plena liberdade do trespassante a exercer atividade empresarial no mesmo ramo do estabelecimento trespassado passa a ser a regra, e a restrição de concorrência, exceção, a partir de convenção feita por escrito entre as partes.

Flávio Galdino, membro da subcomissão, consignou que:

> O dispositivo parece consistente por várias razões. Em primeiro lugar, porque novamente reforça a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos, repisada aqui ad nauseam. Demais disso, porque reafirma o valor da livre iniciativa e da concorrência, que usualmente é um motor poderoso para o empreendedorismo e para boa parte dos setores da economia. Assim é que, além da referência principiológica constante do art. 966-A, o Anteprojeto inverte a polaridade em relação ao direito vigente e estabelece a premissa de que a concorrência é livre, salvo se pactuado de

[8] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192.
[9] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 139.
[10] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado 490**. V Jornada de Direito Civil, 2019. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/551. Acesso em: 25 ago. 2024.

> modo diverso entre as partes, que estabelecerão as condições para essa restrição à liberdade de iniciativa[11].

Pois bem, este curto trabalho teve por objetivo fazer um apanhado geral das principais mudanças sugeridas pelo anteprojeto. Sem dúvidas, no trabalho feito pela subcomissão, existem importantes sugestões, sobretudo naquilo que toca o reforço da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*, contribuindo para a positivação da lógica/principiologia própria do direito empresarial.

No mesmo sentido, conforme discorrido, se faz importante a fixação de critérios na apuração de haveres como requisito para registro ao contrato social, visando evitar a judicialização da fase de liquidação da dissolução de sociedades, bem como deixar expresso no texto legal de que prevalece, em qualquer hipótese, o método adotado pelos sócios no contrato, reforçando o princípio da força vinculante das convenções e afastando a intervenção estatal nas relações particulares.

Por fim, com a apresentação do relatório final ao Senado Federal, será responsabilidade do Congresso Nacional, no exercício de sua legitimidade democrática, avaliar todo o minucioso trabalho desenvolvido pela respeitável comissão.

Bibliografia

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado 490**. V Jornada de Direito Civil, 2019. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/551. Acesso em: 25 ago. 2024.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GALDINO, Flavio. **Atualização do Direito Empresarial no Código Civil**. Texto disponibilizado no âmbito do Curso Reforma do Código Civil, promovido pelo Curso Prático de Arbitragem (CPA). Aula de 18 de julho de 2024. Disponível em:

[11] GALDINO, Flavio. **Atualização do Direito Empresarial no Código Civil**. Texto disponibilizado no âmbito do Curso Reforma do Código Civil, promovido pelo Curso Prático de Arbitragem (CPA). Aula de 18 de julho de 2024. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1uFMJDK2YsnXx8gZXt3zJtsZtYbCoUnQE/view. Acesso em: 25 ago. 2024.

https://drive.google.com/file/d/1uFMJDK2YsnXx8gZXt3zJtsZtYbCoUnQE/view. Acesso em: 25 ago. 2024.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SENADO FEDERAL. **Relatórios Parciais – Subcomissões da CJCODCIVIL**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630. Acesso em: 24 ago. 2024.