

# III Seminário de Direito Constitucional

Um olhar acerca dos direitos fundamentais  
sob o prisma constitucional, político, social e moral

25 de maio de 2017 | Anais Eletrônicos



**Organizadores:**  
Diego Beal  
Elizabete Geremias



© 2017 Editora Unoesc  
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc  
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S471a Seminário de Direito Constitucional (3. : 2017 : 25 de maio : Chapecó, SC).  
Anais do III Seminário de Direito Constitucional / organizadores Diego Beal, Elizabete Geremias. – Chapecó, SC: Unoesc, 2017.  
132 p.

Tema: Um olhar acerca dos direitos fundamentais sob o prisma constitucional, político, social e moral.  
ISSN: 2447-0392

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais. I. Beal, Diego, (org.). II. Geremias, Elizabete, (org.). III. Título.

Doris 341.2

Rua Getúlio Vargas, 2125 – Bairro Flor da Serra – CEP 89600-000 – Joaçaba – SC  
Fone: (49) 3551-2000 – Fax: (49) 3551-2004 – www.unoesc.edu.br – editora@unoesc.edu.br

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campus*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco

*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini

*Campus* de Videira  
Ildo Fabris

*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e  
Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

**Organizadores**  
Diego Beal  
Elizabete Geremias

**Comissão Científica**  
Celso Paulo Costa  
Darléa Carine Palma Mattiello  
Elizabete Geremias  
Leonardo Dlugokenski

**Coordenação Editora Unoesc**  
Débora Diersmann Silva Pereira

**Revisão Linguística e Metodológica**  
Bianca Regina Paganini  
Gilvana Toniélo

**Produção Gráfica e Diagramação**  
Daniely A. Terao Guedes

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<b>A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO</b> .....	7
Kauana Schu, Elizabete Geremias	
<b>A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW) E A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DO TRABALHO DIGNO</b> .....	15
Ruan Artemio Marques Ortiz, Elizabete Geremias	
<b>A IMPORTAÇÃO E O USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABIDIOL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO À VIDA</b> .....	25
Bruno Vinicius Macedo	
<b>A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	33
Daniela Lavina Carniato	
<b>A LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS</b> .....	43
Thays Fortes Borges Ferraraccio, Janaína Reckziegel	
<b>A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	53
Elizabete Geremias	
<b>A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF</b> .....	63
Lucas Baldo, Elizabete Geremias	
<b>DANO EXISTENCIAL E SEUS REFLEXOS NA VIDA DO TRABALHADOR</b> .....	71
Andreia Kawamura Luchetta	

<b>ESTADO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E PODER CONSTITUINTE .....</b>	<b>81</b>
Norton Luiz Siqueira Riella, Péricles Alonso Steffens	
<b>HISTÓRIA E DIREITO DO POVO FRANCO .....</b>	<b>89</b>
Pablo Marocco dos Santos	
<b>MULHER, DA IGUALDADE JURÍDICA À DESIGUALDADE DE FATO: AS RELAÇÕES DE GÊNERO ASSIMÉTRICAS COMO RESULTADO DE UMA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL .....</b>	<b>97</b>
Leonardo Dlugokenski	
<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ACESSIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA .....</b>	<b>105</b>
Eliane Fátima Ferreira Baldissera	
<b>UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....</b>	<b>113</b>
Ariane Zamodzki	
<b>UMA RELEITURA DO INSTITUTO DA COAUTORIA FUNCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....</b>	<b>123</b>
Juliano dos Santos Seger, Renata Wagner Valber	

## APRESENTAÇÃO

A Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) tem contribuído crescente e significativamente para o desenvolvimento regional. Dentre os aportes que alavancam esse desenvolvimento estão as suas iniciativas relacionadas aos mais variados projetos de ensino, pesquisa e extensão.

Nessa perspectiva, apresentamos à comunidade acadêmica os Anais do III Seminário de Direito Constitucional, promovido pelo Curso de Direito da Unoesc Chapecó. Uma iniciativa que tem como fundamento motivar os corpos docente e discente para a produção científica e socialização de conhecimentos e experiências acadêmicas.

O Seminário de Direito Constitucional é um evento anual, considerando-se a notória e natural intervenção que o estudo dos direitos fundamentais provoca sobre o ensino jurídico como um todo. A terceira edição contou com a seguinte temática: *Um olhar acerca dos direitos fundamentais sob o prisma constitucional, político, social e moral*, e dela participaram professores, pesquisadores, acadêmicos e profissionais da área jurídica.

Exercitar a arte de escrever, refletir, pesquisar e entender as várias nuances de um problema, por meio da reflexão crítica, do intercâmbio entre os saberes e da articulação entre a teoria e a prática, projeta a níveis mais altos o aprendizado, contribuindo de forma concreta para o desenvolvimento pessoal e profissional.

Desejamos a todos boa leitura!

Prof. Diego Beal  
Organizador



# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO COMUM ACORDO PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO

Kauana Schu<sup>1</sup>  
Elizabete Geremias<sup>2</sup>

**Resumo:** No presente artigo teve-se por objetivo o estudo da tentativa da resolução de conflitos trabalhistas via meios alternativos – arbitragem, comissões de conciliação prévia e negociações e acordos coletivos – com foco na alteração do texto do artigo 114, § 2º da Constituição Federal, o qual trouxe divergência nas opiniões quando a sua constitucionalidade, visto que exige o comum acordo das partes para instauração do dissídio coletivo no Poder Judiciário. No âmbito deste estudo foram analisadas as opiniões dos doutrinadores, bem como da Justiça do Trabalho, e em especial demonstrou-se a discordância quanto às decisões nas varas do trabalho. A importância da pesquisa está no fato de ser um artigo da Carta Magna com possível inconstitucionalidade, já que vai de encontro aos princípios explícitos e implícitos e, ainda, pode ferir as garantias fundamentais expressas na Constituição. Parte disso a fundamentação exposta de que a redação do artigo é inconstitucional e fere o direito de ação, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

**Palavras-chave:** Exigência do comum acordo. Dissídio coletivo. Inconstitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa traz por tema o estudo acerca da alteração do texto do artigo 114, § 2º da Constituição Federal, o qual aborda que, havendo tentativa de negociação coletiva, é facultado aos sindicatos o ajuizamento de dissídio coletivo, desde que haja consenso entre as partes.

Analisa-se, também, a conceituação dos termos presentes no artigo em questão, bem como a comparação do texto reformado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

O problema da pesquisa encontra-se no fato de que a alteração do texto trouxe debates polêmicos quanto a sua constitucionalidade, visto que o termo *comum acordo*, presente no artigo, se interpretado de forma literal, pode ser configurado como condição de propositura da ação.

A pesquisa sobre a referida temática justifica-se pela importância de abordar as questões pertinentes à inconstitucionalidade de textos da Carta Magna, os quais podem infringir princípios constitucionais e garantias da sociedade.

Como forma de direcionar o trabalho, foi utilizada a comparação com o Direito Estrangeiro, com o viés de observar as diferenças do ordenamento jurídico de cada país.

Como suporte para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se principalmente a doutrina e a jurisprudência, bem como a realização de pesquisas em sites especializados e bibliografias voltadas à temática.

Logo, a síntese do que se apresenta relaciona a condição da inconstitucionalidade do artigo 114, § 2º da Constituição Federal com a não garantia de direitos e princípios fundamentais constitucionais.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; kauanaschu@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito fundamentais sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Castelo Branco; Professora e Pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina; Brasil; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

## 2 ÂMBITO CONCEITUAL

### 2.1 CONCEITUAÇÃO

Tratando-se de relações de trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro deixa bem claro seu posicionamento quando as suas formas de solução. Cada vez mais meios alternativos são incentivados e utilizados com o objetivo de oferecer maior garantia de solução às partes e, ainda, fornecer uma forma de aliviar o Poder Judiciário ao Estado.

Isso pode ser verificado por meio da Constituição Federal, a qual assegura em seu artigo 7º, XXVI, o direito do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, e no art. 8º, que traz ao sindicato autonomia para lutar e defender os direitos coletivos e individuais dos trabalhadores.

Outrossim, a Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT) acolhe a negociação coletiva de trabalho, conceituando-a em seu artigo 611 nas seguintes palavras:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Ainda, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) declara como direito fundamental a livre associação sindical e negociação coletiva, possuindo raízes na sua Constituição e na Declaração de Filadélfia e materializando-se nas Convenções 87 e 154. Esta última, em seu artigo 6º, descreve que sistemas em que a negociação coletiva é vista como mecanismo de acordo, de conciliação ou de arbitragem não violam o funcionamento das relações de trabalho.

Outras formas amplamente utilizadas como soluções de conflitos trabalhistas são a arbitragem e as comissões de conciliação prévia. A primeira, prevista no artigo 114, § 1º da Constituição Federal é a eleição do árbitro pelas partes, o qual conduz uma solução para o conflito. A segunda são comissões instituídas por representantes dos empregados e empregadores com a finalidade de tentar conciliar os dissídios do trabalho, conforme art. 625-A, CLT.

Entretanto, apesar das inúmeras opções de tentativa de resolução de conflitos, se frustradas, as partes podem recorrer ao Judiciário e ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, conforme artigo 114, § 2º da Constituição Federal.

O Dissídio coletivo pode ser individual ou coletivo. Aquele aborda os interesses exclusivos dos respectivos litigantes, já este envolve os interesses de toda uma categoria profissional.

Nesse sentido, observam-se as palavras de Almeida (2015): “Os dissídios coletivos caracterizam-se, pois, por envolver interesses de grupo ou categorias profissionais. Visam, como já se observou, o benefício de pessoas indeterminadas, por isso atuam abstratamente.”

Por fim, vale ressaltar que o dissídio coletivo de natureza econômica se refere às condições de trabalho, como ajuste salarial e jornada de trabalho.

## 2.2 A ALTERAÇÃO DO TEXTO COM A EMENDA N. 45 DE 2004

Anterior à Emenda n. 45/2004, o texto do artigo 114, § 2º da Constituição Federal era composto pelos seguintes termos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]  
 § 2º: Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

É de se observar que diferentes tentativas de solução de conflitos já vinham sendo abordadas pelo ordenamento jurídico, uma vez que o Estado proporciona meios alternativos e autônomos para a resolução, e, em caso falho via convenção e acordos coletivos, o Poder Judiciário está disponível para auxílio.

Ocorre que com a instituição da Emenda o texto ganhou novos termos que trouxeram uma interpretação literal diversa da que já existia, vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:  
 § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

O entendimento é de que o termo *de comum acordo* tornou a disponibilidade do direito de ação prejudicada, visto que se condiciona a outrem, ou seja, ambas as partes precisam, de comum acordo, requerer a instauração do dissídio coletivo, o que é relativamente impossível observando o caráter conflitivo da relação trabalhista.

## 3 O DIREITO ESTRANGEIRO

A instauração de meios alternativos para resoluções de conflitos é uma abordagem antiga do Poder Judiciário que tem por finalidade desafogar a Justiça do Trabalho fornecendo autonomia às partes na tentativa de preservar a relação social e resolver a adversidade.

Considerando que cada país possui seu Direito e, conseqüentemente, seu ordenamento jurídico, as formas extrajudiciais de resoluções dos litígios trabalhistas foram aceitas em vários países do mundo. A título de exemplo, a Argentina e a Espanha exigem o esgotamento dos recursos de conciliação para somente depois haver instauração do dissídio no Judiciário.

Na Bélgica, Estados Unidos e Alemanha a arbitragem é o meio disponibilizado e, constantemente, utilizado para os conflitos trabalhistas, seja esta feita no âmbito empresarial seja no judiciário.

Na Itália o ordenamento é diverso, sendo proibido o uso da arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas.

Apesar das divergências quanto à instauração desses meios alternativos, cada vez mais diferentes formas de resolução de conflitos são criadas com o objetivo de proporcionar rapidez e eficácia, já que o Poder Judiciário está cada vez mais sobrecarregado.

## 4 INTERPRETAÇÕES DO ART. 114, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme já exposto, a nova redação do artigo em questão trouxe diversos debates acerca da sua inconstitucionalidade. De um lado a interpretação literária do texto faz com que seja explícito o requisito do comum acordo para instauração dos dissídios coletivos. Do outro, afirma-se que o legislador se referiu à questão da escolha, ou seja, o dissídio pode ser instaurado de comum acordo, e, caso não ocorra, a Justiça do Trabalho tem o dever de notificar o sindicato oposto, sendo sua primeira função a de resolver a resistência e somente após o conflito.

Considerando as divergentes opiniões, renomados doutrinadores alegam que o artigo não possui inconstitucionalidade alguma, visto que é possível as Justiças do Trabalho fazerem a interpretação justa e necessária ao caso concreto. É o que se observa nas palavras de Paulo e Alexandrino (2015, p. 26): “O princípio da interpretação conforme a Constituição impõe que, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas (que admitem mais de uma interpretação), dê-se preferência à interpretação que lhes compatibilize o sentido com o conteúdo da Constituição.”

No entanto, a parcela de doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do artigo alega que o exposto vai de encontro às cláusulas pétreas da Carta Magna, bem como a princípios constitucionais.

Nesse sentido, Mauro Schiavi (2009, p. 961) discorre no seguinte trecho:

[...] alguns intérpretes [...] argumentam que a exigibilidade de consenso para ingresso do dissídio coletivo de natureza econômica fere um direito maior que é o acesso à Justiça do Trabalho, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Portanto, nesta linha de argumentação, é inconstitucional a exigência do comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.

## 5 O ARTIGO 114, § 2º E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

### 5.1 O COMUM ACORDO DAS PARTES PARA INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COMO CONDIÇÃO DE AÇÃO

O artigo abordado na presente redação tem em seu texto, de forma explícita, o comum acordo para instauração do dissídio coletivo. Ocorre que tal termo vai de encontro às garantias constitucionais estabelecidas na Constituição Federal.

O art. 5º, XXXV CF e art. 3º do Código de Processo Civil dispõem que é garantido a todos o acesso à justiça, sendo dever do Poder Judiciário apreciar e julgar os conflitos. Trata-se da consagração constitucional da garantia do direito de ação e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual assegura a todos que se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei impedir ou restringir em demasia esse acesso.

É nesse sentido que Martins (2016) conceitua a jurisdição como sendo “a norma de solucionar os conflitos por meios da interveniência do Estado, gerando o processo judicial. O Estado diz o direito no caso concreto submetido ao judiciário, impondo às partes a solução do litígio.”

Considerando o exposto e relacionando-o ao art. 114, § 2º CF, é observado que o texto dá competência à Justiça do Trabalho para decidir os dissídios coletivos, ou seja, garante o direito

de jurisdição, contudo, condiciona esse direito ao comum acordo para instauração, o que ocasiona a diminuição na garantia desse princípio constitucional.

Ademais, tende a violar o direito fundamental de acesso à justiça, o qual é vedado à alteração por ser considerado garantia fundamental, conforme art. 60, § 4º CF.

Dessa forma, o requisito para ajuizar ação de dissídio coletivo de natureza econômica vinculado à dependência do consentimento de ambas as partes pode ser considerado uma condição de ação e, conseqüentemente, uma infração à garantia de liberdade de ação e ao exposto como princípios e garantias da Constituição Federal.

## 5.2 O POSICIONAMENTO DAS VARAS DO TRABALHO, TST E STF

Como já explanado, a inconstitucionalidade do artigo se diverge no que tange às opiniões dos doutrinadores, abrangendo também a justiça do trabalho, que se posiciona de diferentes formas nos julgados. É o que se observa nas seguintes jurisprudências:

**DISSÍDIO COLETIVO. PRÉVIO ACORDO PARA INSTAURAÇÃO. § 2º DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.** O disposto no §2º do art. 114 da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais da autodeterminação, inafastabilidade do Poder Judiciário, razoabilidade e liberdade individual, estampados no art. 5º, incs. II, XXXV, e IV do §4º do art. 60. Aceitar como inevitável para a propositura do dissídio coletivo o mútuo consenso das categorias econômica e profissional significaria, na prática, extirpar da esfera jurídica o instituto em exame, mormente porque não se exigiu nenhuma justificativa para o não aceite da sua protocolização perante esta Justiça especializada. (DC 0010189-28.2013.5.12.0000 - Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, SC).

**AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TST. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.** O entendimento pacífico nesta Corte é o de que o comum acordo, exigência trazida pelo art. 114, § 2º, da Constituição Federal para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e que, embora idealmente devesse ser materializado na forma de petição conjunta da representação, é interpretado de maneira mais flexível, no sentido de se admitir a concordância tácita na instauração da instância, desde que não haja a oposição expressa do suscitado, na contestação. (TST - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 6986020145120000).

Referente ao Supremo Tribunal Federal, este ainda não tem um posicionamento definitivo quanto à inconstitucionalidade do artigo. Já existe reconhecimento da repercussão do assunto, bem como opiniões dos relatores, entretanto nada é definitivo. Um exemplo é o relator Marco Aurélio, que se posiciona a favor da inconstitucionalidade, conforme seguinte trecho:

Para o relator do recurso, ministro Marco Aurélio, a controvérsia “reclama o crivo do Supremo”, pois há diversas situações nas quais os sindicatos encontram-se impedidos de formalizar dissídio coletivo de natureza econômica devido à ausência de comum acordo entre as partes. “Cabe a este Tribunal apreciar, considerado o disposto nos artigos 5º, incisos XXXV e XXXVI, e 60, parágrafo 4º, do Diploma Maior, a constitucionalidade da norma oriunda do exercício do poder constituinte derivado”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, grifo nosso).

## 6 CONCLUSÃO

Considerando que os princípios são a base do ordenamento jurídico, pode-se dizer que a estrutura deve se fundamentar na base para prosseguir de forma sólida e sustentável a todos. Assim, todos os princípios devem ser respeitados com o objetivo de garantir à sociedade direitos fundamentais e evitar um Estado autoritário e esmagador.

Nesse sentido, observa-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é de extrema importância, pois garante o acesso ao Poder Judiciário em casos de direitos lesados e violados e proporciona uma garantia à sociedade de que as normas estipuladas na legislação brasileira devem ser respeitadas.

A não observância de tal princípio pode acarretar diversas complicações, como é o caso do artigo tema da presente redação. A inconstitucionalidade do texto, atrelada à violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, traz àqueles que necessitam do auxílio do Judiciário um impedimento e, conseqüentemente, uma restrição de direito.

Atualmente, cada vez mais os meios alternativos de resolução de conflitos estão sendo usados com o intuito de manter as relações sociais, entretanto existem divergências impossíveis de serem resolvidas nesses meios e que necessitam do auxílio de pessoas competentes e aptas para atendê-las.

Ocorre que a requisição de que ambas as partes concordem com o ajuizamento de uma ação é contraditória, considerando que existem uma divergência de opiniões e um conflito. Os litigantes recorrem ao Judiciário em razão da não solução do conflito por meios diversos e têm seu direito restrito por necessitarem da concordância da outra parte.

Essa restrição traz uma violação de diversos princípios constitucionais além daquele mencionado e, ainda, restringe o direito de ação garantido livremente pela Carta Magna.

Portanto, a inconstitucionalidade do artigo 114, § 2º da CF deve ser avaliada visando à proteção das garantias e direitos devidos à sociedade, sem esquecer de preservar o equilíbrio das relações humanas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comissões de conciliação prévia e procedimento sumaríssimo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF discutirá exigência de comum acordo para instauração de dissídio coletivo*. 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=298769>>. Acesso em: 11 maio 2017.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional descomplicado*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.



# A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW) E A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DO TRABALHO DIGNO

Ruan Artemio Marques Ortiz<sup>1</sup>

Elizabete Geremias<sup>2</sup>

**Resumo:** No presente estudo teve-se por objetivo analisar determinados mecanismos capazes de oferecer proteção para as mulheres no mercado de trabalho. Por meio do plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW). Além disso, direcionando-se para os instrumentos nacionais encontram-se as políticas públicas, as quais são possíveis de utilização a fim de serem cumpridas as obrigações assumidas na referida Convenção. Portanto, há a possibilidade de a legislação interna agir em prol de um compromisso assumido pelo Estado em âmbito internacional, proporcionando a implementação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos para os seus cidadãos. Desse modo, foram propostas no presente trabalho determinadas ações a serem realizadas por meio das políticas públicas, visando assegurar a proteção especial das mulheres no mercado de trabalho. Para alcançar os fins almejados, atentou-se ao sistema das Nações Unidas e ao surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual traz em seu bojo a concepção contemporânea de direitos humanos. Posteriormente, afirma-se a necessidade de especificação do sujeito de direito, contemplando o direito à igualdade. Portanto, torna-se de caráter primordial assegurar o direito ao trabalho digno para as mulheres, combatendo-se práticas discriminatórias ilícitas. O estudo é baseado em pesquisas documental, qualitativa e dedutiva.

**Palavras-chave:** Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Políticas públicas. Igualdade de gênero. Direito ao trabalho digno.

## 1 INTRODUÇÃO

Após as atrocidades cometidas pelo nazismo, tornou-se necessário retomar a concepção de dignidade da pessoa humana, uma vez que esse período histórico imprimiu a desconsideração e a fragmentação dos direitos humanos. Nesse afã, veio a lume a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Esse documento proclama a sua fé nos direitos básicos e universais dos homens, na dignidade e no valor da pessoa humana, bem como na igualdade de direitos entre homens e mulheres. Dessa forma, adota-se uma nova concepção dos direitos humanos, pautada em sua univer-

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; ruannortiz@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Castelo Branco; Professora e Pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

salização. Em contrapartida, o conceito contemporâneo dos direitos humanos permitiu a sua efetivação na esfera internacional por meio de tratados internacionais.

Sob esse enfoque surge a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), cujos artigos visam à exclusão de todas as formas de discriminação baseadas na desigualdade de gênero, ensejando a participação ativa das mulheres no campo trabalhista sem que haja qualquer diferença na maneira como são tratadas em comparação aos homens.

Ao ratificar uma convenção que promoveu os direitos trabalhistas das mulheres, o Estado Brasileiro comprometeu-se a criar meios para efetivá-los. Desse modo, disponibilizam-se as políticas públicas que contêm um plano de ação para o Governo garantir os direitos fundamentais. Assim, justifica-se o seu uso visando ao cumprimento da promessa do Estado de promover o trabalho digno para o público-alvo, livre de quaisquer formas de discriminação.

A importância desta pesquisa justifica-se pela necessidade de excluir todas as formas de discriminação ilícitas contra a mulher,<sup>3</sup> considerando-se que há um instrumento internacional adotado em prol da igualdade de gênero, visto que as políticas públicas podem facilitar a sua aplicabilidade na legislação interna.

Portanto, tem-se a necessidade de demonstrar que as legislações internacionais exercem o papel de aprimorar os direitos das mulheres, focando-se na seara trabalhista e, assim, promovendo o direito ao trabalho digno. Além do mais, este poderá ser efetivado por meio das políticas públicas, as quais obrigam o governo a construir um plano de ação.

O presente estudo abarca pesquisa bibliográfica, citando a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira. Emprega-se a metodologia de pesquisa dedutiva, analisando-se tanto os dispositivos internos quanto os instrumentos internacionais em prol da igualdade entre homens e mulheres.

## **2 O PROCESSO DE SURGIMENTO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ESPECIFICIDADE DO SUJEITO DE DIREITOS**

Após a Segunda Guerra Mundial, diversos fatores atribuíram ênfase para o desenvolvimento da internacionalização dos direitos humanos, sendo um deles o expansionismo das organizações internacionais, cujo propósito correspondia à cooperação internacional (PIOVESAN, 2011b).

Assim, instalou-se uma nova ordem internacional com a criação das Nações Unidas, a qual se comprometeu com a manutenção da segurança e da paz social, pelo desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, pela adoção da cooperação de um padrão internacional no

---

<sup>3</sup> Vale ressaltar que a doutrina reconhece duas formas de discriminação: a primeira negativa, que se refere a discriminação ilícita, proibida em lei, motivada por fatores de idade, cor, sexo, estado civil ou estado psíquico/físico, e a segunda, denominada discriminação lícita, a qual objetiva a criação de uma desigualdade que, via de regra, é temporária, almejando igualar juridicamente os sujeitos que materialmente são considerados desiguais (GOLDSCHMIDT, 2008).

plano econômico, social e cultural e, principalmente, pela proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011b).<sup>4</sup>

Denota-se que posterior ao período de terror marcado pela era Hitler surge a Declaração Universal de 1948, em que uma nova concepção dos direitos humanos é formada, baseada em sua contemporaneidade. Segundo o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), “todos os seres humanos nascem livres e iguais em direito. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito e fraternidade.”

Contudo, em razão de a Declaração cuidar dos direitos humanos em âmbito universal, torna-se intolerável tratar o indivíduo de maneira geral e abstrata, devendo-se considerar a especificação do sujeito de direito (PIOVESAN, 2009). Portanto, o indivíduo deve ser tratado de forma que suas necessidades básicas sejam atendidas. Assim, o século XX contribuiu para o nascimento de uma nova disciplina, denominada de direito internacional de direitos humanos, a qual reconhece a especificidade do indivíduo e o princípio da igualdade, instalando ações afirmativas em âmbito universal (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2008). Desse modo, os direitos humanos não podem ser vistos somente no viés universal.

Para que ocorra a promoção de igualdade e, conseqüentemente, a exclusão de discriminação, torna-se essencial a criação de estratégias promocionais com a capacidade de estimular a inclusão dos grupos socialmente excluídos dos espaços sociais (PIOVESAN, 2003).

Desse modo, a legislação interna de cada Estado deve dispor de meios para que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos sejam respeitados. Para tanto, poderá fazê-lo por meio de suas constituições, considerando que estas servem de parâmetro para as demais leis.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

O processo de democratização do Brasil possibilitou a sua reinserção na arena internacional de proteção dos direitos humanos, adotando medidas de proteção para a vigência completa desses direitos (PIOVESAN, 2003). É a partir da Constituição de 1988 que se intensifica a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, fortalecendo, assim, o sistema de proteção dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2003).

Assim, a Carta Magna de 1988 apresenta seu marco de democratização ao adotar medidas internacionais para a proteção dos direitos humanos.<sup>5</sup> Dessa maneira, tem-se à disposição o dispositivo Art. 5º, § 2 do Texto Constitucional, no qual é reconhecido que todos os direitos e garantias expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Portanto, defende-se a ideia de que a referida cláusula admitiu o ingresso dos tratados internacionais de

<sup>4</sup> Conforme os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, aprovada pelo Brasil em 04 de setembro de 1945, ratificada em 12 de setembro do mesmo ano.

<sup>5</sup> Para que os Estados-partes adotem os tratados internacionais de maneira obrigatória, torna-se necessário ratificá-lo. Assim, é preciso a apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo para que o Poder Executivo o assine, ratificando-o, ou seja, o ato de ratificação corresponde ao ato jurídico do qual se irradiam efeitos no plano internacional (PIOVESAN, 2010, p. 99).

proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais (MAZZUOLI, 2011).

Conforme a Constituição de 1988, em seu art. 84, VII, determina-se que é de competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do congresso nacional.” Assim, posterior à celebração do Poder Executivo, aprovação pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificação pelo Presidente da República, o tratado, finalmente, produz efeitos (PIOVESAN, 2011b).

Após essas breves noções sobre a Carta Magna de 1988 e os tratados internacionais, direciona-se o estudo para o seu principal foco: a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

### **3 A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER**

Realizada no México, a primeira conferência mundial sobre a mulher incentivou a ONU a elaborar um tratado internacional em que fossem assegurados no plano internacional, de maneira obrigatória, os princípios da Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher (PIOVESAN, 2011a). Assim, em 1979, adotou-se a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), ratificada por 186 Estados no ano 2010, sendo este o maior número de ratificações pelos Estados Signatários (PIOVESAN, 2012).

A convenção atém-se ao princípio da igualdade, tanto como um meio de obrigação quanto por objetivo a ser alcançado (PIOVESAN, 2003). Vale frisar que os seus princípios se encontram em consonância com a Constituição Federal de 1988, uma vez que esta possui como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos ao sexo.<sup>6</sup>

Em seu art. 1º, a Convenção considera a discriminação contra a mulher: “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher [...] com base na igualdade do homem e da mulher.” Interessante analisar que a Convenção afirma que para se assegurar a plena igualdade de gênero, necessário se faz modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher, na sociedade e na família.

Ou seja, todos os Estados que ratificaram a Convenção em tela se responsabilizaram por promover a igualdade entre os sexos, seja por meio de regulamentação cogente seja por projetos que visam à inclusão da mulher na sociedade em plena igualdade com o homem. Portanto, percebe-se que mesmo na sociedade hodierna, o público feminino ainda sofre pela desigual-

---

<sup>6</sup> Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

dade frente ao sexo masculino. Torna-se importante lembrar que somente a partir de 1932 as mulheres brasileiras obtiveram o direito de votar (PIOVESAN, 2006).

O Brasil, por sua vez, ratificou a referida Convenção no ano 1984 (PIOVESAN, 2003), promulgando-a por meio do Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Por conseguinte, no mesmo ano da ratificação, o Governo brasileiro apresentou reservas aos arts. 15 e 16, visto que o primeiro assegurou a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência, e o segundo, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, na seara do casamento e das relações familiares. No entanto, em 20 de dezembro de 1994, o Brasil eliminou as reservas citadas anteriormente, notificando o Secretário Geral das Nações Unidas (PIOVESAN, 2003).

Em 22 de dezembro de 2000, a ONU adotou o protocolo facultativo da Convenção sobre a eliminação de discriminação contra a mulher, no qual se constituem dois mecanismos de monitoramento: mecanismo de petição, em que são encaminhadas denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção para a apreciação do Comitê sobre a eliminação da discriminação contra a mulher; e um procedimento investigativo, habilitando o Comitê a investigar a existência de violações dos direitos humanos das mulheres; o Brasil adotou tal protocolo em 28 de junho de 2002 (PIOVESAN, 2003).

Portanto, a Convenção revela-se como um aparato internacional ao qual as mulheres vítimas de discriminação podem recorrer no momento em que seus direitos forem violados. Porém, a falta de conhecimento gera pouca aplicação e efetividade desse aparato, sem olvidar que há poucos profissionais especializados em direito internacional para fazer valer esse arcabouço no plano prático. Além disso, somente a Convenção ratificada não basta, tornando-se necessária a aplicação de medidas no âmbito nacional a fim de cumpri-la.

#### **4 A CEDAW E AS POLÍTICAS PÚBLICAS ATUANDO PARA A EFETIVAÇÃO DO TRABALHO DIGNO**

Inicialmente realizam-se breves considerações acerca das políticas públicas. De acordo com Bucci (2001), a necessidade de estudá-las se mostra à medida que se buscam formas para a concretização dos direitos humanos, especificamente dos direitos sociais, previstos no artigo 6º da Carta Magna de 1988.<sup>7</sup> Nesse mesmo viés, de acordo com a autora, as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos; portanto, são forjadas para se alcançarem objetivos determinados, uma vez que não basta uma constituição bem escrita para que seja obedecidas.<sup>8</sup> Desse modo, as políticas públicas atuam em um modo mais

<sup>7</sup> Conforme o Art. 6º da Carta Magna de 1988, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>8</sup> “Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização.” (BUCCI, 2001, p. 9).

operacional do direito, sendo “programas de ação governalmente voltados à concretização de direitos.” (BUCCI, 2001, p. 13).

As legislações nacionais devem adotar meios para que os direitos acordados na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres possam ser inseridos no âmbito do trabalho, sendo este o caminho inicial para a eliminação de estereótipos negativos (CASTILHO, 2010). Portanto, nota-se a necessidade do Estado em aprimorar sua legislação por meio dos dispositivos internacionais.

Em 2002, o Governo brasileiro apresentou um relatório contendo políticas públicas que foram adotadas, sendo elas: a criação de delegacias voltadas para o atendimento da mulher e a definição de violência doméstica como tipo penal (CASTILHO, 2010). Destarte, observa-se o papel fundamental que as políticas públicas desempenham ao implementarem medidas capazes de promover os direitos básicos dos cidadãos.

Há as conferências quinquenais da mulher que seguiram sendo organizadas, entre elas encontram-se a de Copenhague, em 1980, e a Beijing, em 1995; a reunião na China foi a última, e nela ficou definida uma plataforma de ação que a cada cinco anos é reavaliada (CASTILHO, 2010). Nesse mesmo viés, o autor afirma que em março de 2005, em Nova York, realizou-se uma reunião decenal com o seguinte tema: “Beijing 10 anos depois: logrando igualdade de gênero, desenvolvimento e paz”, o qual objetivou a igualdade plena de gênero e a eliminação da discriminação por motivos de gênero.

Desse modo, ao analisar as conferências realizadas por todo o mundo a fim de se alcançar a igualdade de gênero por meio da paz, verifica-se a necessidade da criação de políticas públicas capazes de promover encontros pelas regiões do Brasil mais afetadas em questão de discriminação de gênero no âmbito do trabalho. Afinal, seria possível utilizar-se dos encontros para distribuir conhecimento e conscientizar os cidadãos sobre a carência de ações que assegurem o fim da discriminação de gênero na seara trabalhista. Além disso, deve-se priorizar não somente a participação das mulheres, mas também a dos homens, para que, desse modo, todos lutem pela mesma causa com o intuito de eliminar estereótipos enraizados na cultura brasileira.

Cumprido analisar o Recurso Especial n. 1.521.030 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso em questão, a autora exercia o cargo de Delegada de Polícia do Amapá e apresentava uma gravidez de risco. Todavia, houve a sua exoneração do cargo sem que antes fosse submetida à perícia oficial. Em primeira instância, o seu pedido de reintegração foi negado. Por isso, a recorrente interpôs Recurso especial, alegando violação do Decreto n. 4.377/2002. Ademais, frisou que o Tribunal de origem não se manifestou acerca do disposto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (SANTA CATARINA, 2015).

O Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia, ao analisar o recurso, afirmou que a gestante deveria ter sido submetida à perícia oficial antes de sua exoneração, uma vez que o período gestacional afeta a própria capacidade volitiva da mulher, merecendo especial atenção em razão do art. 11 do Decreto n. 4.377/2002, o qual se conecta à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, afirmando que os Estados-Partes devem adotar medi-

das adequadas para dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas. Portanto, o relator declarou nulo o ato de exoneração da recorrente com sua consequente reintegração ao cargo outrora ocupado (SANTA CATARINA, 2015).

Diante desse caso, verifica-se que o primeiro tribunal não considerou a especificidade da gestante, sendo-lhe negado um direito que estava previsto em um tratado internacional. Além disso, ocorreu o desrespeito com a dignidade da pessoa humana, prevista na Carta Magna de 1988. Desse modo, frisa-se a importância da inserção de políticas públicas visando efetivar os direitos intencionalmente reconhecidos, com o intuito de evitar a violação dos direitos humanos perante a justiça. Afinal, “a principal solução para que se alcance a igualdade de gênero é jurídica.” (CASTILHO, 2010).

Cumprir observar que a Convenção supracitada considera a mulher em sua especificidade, uma vez que assegura os cuidados especiais do Estado durante o período de gestação.<sup>9</sup> Nesse mesmo viés, cita-se o artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), segundo o qual “a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.” (BRASIL, 1943). Além do mais, o dispositivo 473, inciso III do mesmo diploma alega que o empregado poderá faltar ao serviço sem prejuízo do salário por um dia em caso do nascimento do filho. Todavia, esse período foi estendido para cinco dias por meio da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, XIX, e art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ademais, veio a lume o Decreto n. 8.737, de 03 de maio de 2016, segundo o qual a licença-paternidade passa de cinco para 20 dias. Contudo, esse benefício somente será concedido para as empresas vinculadas ao Programa Empresa Cidadã. Portanto, a mulher terá direito à licença-maternidade por 120 dias, ao contrário do homem, que disporá da licença-paternidade por cinco dias, salvo o Decreto adotado pelo empregador.

Dados do IBGE (2012) apresentaram que o rendimento médio do trabalho das mulheres em 2011 foi de R\$ 1.343,81, 72% do que recebiam os homens (R\$ 1.857,63). Além disso, a participação do público feminino no setor público no mesmo ano correspondia a 22,6%, enquanto para o público masculino esse percentual era de 10,5%. Destarte, licença-maternidade por tempo superior ao do homem pode significar um meio para desqualificar a mulher no mercado do trabalho, contribuindo para a sua discriminação. Ademais, um dos motivos frequentes de discriminação nas relações de emprego decorre do fato de que as mulheres geralmente ficam incumbidas das tarefas domésticas, bem como da atenção e cuidado com as crianças (THOME, 2009, p. 15).

Ressalta-se que as referidas licenças não tratam de um direito concedido aos pais, mas sim aos filhos. Por isso, deveria-se conceder o mesmo período para o homem e para a mulher. Todavia, pelo fato de a CLT ser uma norma consolidada na época de 1940, “deve ser analisada em conjunto com os preceitos de igualdade entre homens e mulheres consagrados na Consti-

---

<sup>9</sup> De acordo com o artigo 11 do Decreto n. 4.377 “1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: [...] f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.”

tuição Federal de 1988.” (THOME, 2009). Afinal, de acordo com o artigo 5º desse diploma legal, todos são considerados iguais perante a lei.

Não obstante, o relatório da OIT (2016), o qual examinou dados de até 178 países, intitulado *Mulheres no Trabalho: Tendências de 2016*, destaca os desafios que as mulheres enfrentam para manter empregos decentes em todo o mundo. A pesquisa afirma que a discriminação de gênero em relação a empregos diminuiu apenas 0,6 pontos percentuais desde 1995. Ainda, nos países de alta e baixa renda, as mulheres trabalham em média duas vezes e meia a mais no ambiente doméstico não remunerado e em trabalho relacionado a cuidados do que os homens. Portanto, nota-se que a desigualdade de gênero continua presente no mercado de trabalho global.

Além disso, para que se efetive a valorização do trabalho humano é preciso assegurar a todos a existência digna, visto que o Estado deve efetivar meios para a redução das desigualdades regionais, bem como sociais, disponibilizando, também, a busca do pleno emprego. Portanto, observa-se a inserção da dignidade da pessoa humana na lei trabalhista. Salienta-se que o art. 170 da Constituição se comprometeu a assegurar que a ordem econômica não torne o homem um mero fator de produção, mas o considere o centro do sistema (GOLDSCHMIDT, 2009).

Portanto, o Estado deve promover meios para que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam aplicados no ambiente de labor, garantindo o direito ao trabalho digno. Desse modo, defende-se que a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher conte com o apoio das políticas públicas para ser inserida no plano nacional, objetivando oferecer uma vida digna às mulheres trabalhadoras, de modo que estas sejam tratadas sem qualquer discriminação em razão de fatores culturais e genéticos.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, afirma-se que a discriminação entre homens e mulheres, enraizada há muitos séculos, continua presente não somente na sociedade, mas também nos próprios dispositivos internos e nas decisões de alguns tribunais. Mesmo após o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da ratificação de alguns instrumentos internacionais pelo Governo brasileiro, conclui-se, infelizmente, que as mulheres não obtiveram pleno êxito em alcançar a igualdade no trabalho na sociedade hodierna.

Dessa forma, o direito interno e o direito internacional não são contraditórios, muito pelo contrário, eles se completam. A questão aqui defendida não trata de somente aprimorar as leis trabalhistas das mulheres, mas de criar mecanismos que garantam totalmente a exclusão de todas as formas de discriminação entre homens e mulheres, colocando-os no mesmo patamar jurídico.

Não se deve desconsiderar que no momento em que se adotam tais dispositivos internacionais mediante a aplicação das políticas públicas tem-se a afirmação de um trabalho digno. Ademais, conclui-se que o problema não está na disponibilidade e eficácia dos dispositivos internacionais, mas na promoção e divulgação destes para a sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 10 maio 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 12 maio 2017.
- BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 05 maio 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 5-16.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: Processo Histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Discriminação no mercado de trabalho: Consciência e ações de resistência. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 231-251, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_78/rodrigo\\_goldschmidt.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/rodrigo_goldschmidt.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- IBGE. *Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas*. 2012. Disponível em: <[https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle de jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OIT. *Woman at Work Trends 2016*. Geneva, 2016. Disponível em: <[http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS\\_457317/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2017.
- ONU. *Declaração universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista57/revista57\\_70.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos civis políticos: a conquista da cidadania feminina. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Org). *O progresso das mulheres no Brasil: 2003 – 2010*. Rio de Janeiro: UNINFE, 2011a. cap. 4, p. 58-90.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: CURSOS DE CURRÍCULO PERMANENTE, 5., 2006, Porto Alegre. *Anais Eletrônicos...* Porto Alegre, 2006. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ccp5\\_flavia\\_piovesan.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista TST*, Brasília, DF, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. Disponível em: <[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/6566/010\\_piovesan.pdf?sequence=5](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011b.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Internacional dos direitos humanos: Estudos em homenagem à Prof<sup>a</sup>. Flávia Piovesan. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Coord.). *O direito internacional dos direitos humanos e o delineamento constitucional de um novo conceito de cidadania*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso Especial n. 1.521.030. Apelante: Daniella Graca Moraes Calixto da Rocha. Apelado: Estado do Amapá. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. *Jus Brasil*, 02 jun. 2015.

THOME, Florencio Candy. *Direitos de Conciliação entre trabalho e família: Licença-Maternidade e Licença-Paternidade*. São Paulo: LTr, 2009.

# A IMPORTAÇÃO E O USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABIDIOL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO À VIDA

Bruno Vinicius Macedo<sup>1</sup>

**Resumo:** A superação dos tratamentos árduos e ineficazes proposta pela medicina brasileira é amplamente vislumbrada por pesquisadores da área concernente ao uso medicinal de produtos à base de canabidiol. Embasados na eficácia dos compostos derivados da planta, cientistas garantem que a introdução do tratamento é veementemente eficaz contra a proliferação de células cancerígenas, sobretudo impedindo que ocorra metástase. Embora haja superioridade nesse âmbito, os estereótipos pejorativos levantados acerca do tema são enaltecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, o qual carece de viabilidade na importação e conseqüente uso de produtos congêneres. Ocorre que em razão disso famílias se encontram aprisionadas diante da ineficácia dos fármacos já introduzidos no País, razão pela qual é necessária a atualização regulamentar para que produtos eficazes possam ser importados para o uso terapêutico. Pensando nisso, a Anvisa, autoridade competente sobre o assunto, tem deliberado a respeito. Resta claro, portanto, que o mérito se trata da viabilização do direito à saúde e à vida, sob as perspectivas jurídicas, políticas, sociais e morais.

**Palavras-chave:** Uso. Medicinal. Canabidiol. Direito. Vida.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende elucidar os trâmites necessários para importação e uso medicinal de produtos à base de canabidiol no tratamento de doenças neurodegenerativas no Brasil. Apesar de ainda precoce no Brasil, esse procedimento pretende suprir os tratamentos convencionais empregados pela medicina brasileira, os quais são de natureza árdua e, sobretudo, ineficazes ao paciente. De acordo com o juízo de gravidade da respectiva doença decorre a busca por métodos desenvolvidos que já têm respaldo médico em outros países. À luz das informações contidas, famílias têm pleiteado a importação de tais produtos, contudo há uma grande tramitação burocrática estabelecida pela Anvisa que posterga a insurgência desses produtos no Brasil. Além disso, torna-se oportuno mencionar que a grande maioria dessas famílias é hipossuficiente, razão pela qual a mera autorização para importação dos produtos não viabiliza o direito à saúde, tampouco à vida. Em face de seu intrínseco viés constitucional, a importação e o uso medicinal dos referidos produtos têm sido gradativamente aperfeiçoados, mas ainda carecem de políticas públicas objetivando a universalidade de acesso.

Com efeito, ao fundamento da Dignidade da Pessoa Humana resta clara a urgência por políticas públicas que viabilizem o direito à vida de portadores de doenças degenerativas. De fato, o que está em pauta são os direitos fundamentais à saúde e à vida, pois a insistência em tratamentos ineficazes, além de reduzir a qualidade, também abrevia a expectativa de vida dos pacientes. Contudo, daí decorrem contrassensos das mais diversas vertentes: de um lado, os pais

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; brunovmacedo@hotmail.com

encontram-se acorrentados perante o sofrimento de filhos acometidos por doenças degenerativas, e de outro, pais arriscam o próprio direito à liberdade para proporcionar dignidade à vida de seus filhos mediante a importação de medicamentos de uso proibido. A verdade é que, em casos como o referido, o direito à liberdade dos pais já se encontra hipotético, eis que pouco podem fazer diante da peculiaridade dessa situação. Por tais razões, a urgência de regulamentação acerca da temática se torna ainda maior, mesmo que, para tanto, o mérito da questão obste em paradoxos morais.

## **2 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO MANTÉM A DECISÃO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DE CANABIDIOL**

Os fins terapêuticos do uso de canabinoides têm propulsionado a abrangência legal sobre o mérito que até 2014 constava apenas de forma abstrata no art. 31 da Lei n. 11.343/06: “É indispensável a licença prévia da autoridade competente para [...] *importar, exportar, reexportar* [...], para qualquer fim, drogas ou *matéria-prima* destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.” (BRASIL, 2006, grifo nosso). De fato, por muitos anos, o único meio para ter acesso a remédios à base de canabidiol eram as decisões judiciais.

Nesses termos, em 11 de novembro de 2016 transitou em julgado o acórdão que determinou à União Federal e ao Município de Franca, em São Paulo, o fornecimento de medicamento para tratamento de paciente com Síndrome de *West*, uma forma de epilepsia iniciada na infância. A Terceira Turma negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal contra o despacho do juízo *a quo*, que deferiu a antecipação de tutela à Parte Autora, determinando aos referidos entes o fornecimento do medicamento, e ainda consubstanciou a responsabilidade da União Federal e do Município de Franca pelo fornecimento do produto *Hemp Oil (RHSO) Cannabidiol (CBD)*.

Apesar de tal processo se tratar de uma ação em que a Parte Autora demandava o fornecimento de medicamento, cumpre registrá-lo aqui apenas para fins de analogia. Nesse diapasão, ressalte-se o laudo médico acostado aos autos pela médica da Parte Agravada, a qual, categoricamente, constatou que, em razão de uma paralisia cerebral ter acometido os quatro membros da demandante, há necessidade da dose de 25 mg/kg do produto pleiteado para controlar as convulsões provocadas pela enfermidade.

Pelo exposto, restou clara para a colenda turma a necessidade e a urgência do fornecimento do referido medicamento. Assim, com fundamento na prescrição médica e no elevado custo do medicamento combinado com a hipossuficiência da Parte Agravada, o acórdão obrigou o Poder Público ao fornecimento do remédio. Cumpre registrar aqui a argumentação do relator, o Desembargador Federal Carlos Muta, *verbis*:

Inexistente (também) comprovação de abuso, fraude ou ilegalidade na prescrição por profissional, que subscreveu o medicamento e responde civil, administrativa e, ainda, criminalmente, por eventual falsidade ou inexatidão da declaração prestada, não se podendo presumir, de plano, a existência de vício a macular o conteúdo de tal informação técnica. (JUSTIÇA FEDERAL, 2016).

Diante do desprovimento do referido agravo de instrumento, a União Federal opôs embargos de declaração contra o acórdão quando reiterou a preliminar de ilegitimidade passiva e também questionou a qualidade do remédio pleiteado. No entanto, para o relator, a eventual discussão acerca de características, qualidades e eficiência terapêutica do medicamento, ou da possibilidade de substituição por outro, não pode ser invocada para afastar a relevância do pedido, atestada no laudo juntado. Igualmente, o acórdão também destacou que a jurisprudência é pacífica quanto ao reconhecimento da responsabilidade solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no tocante ao dever de tratamento e de tutela de medicamentos a pacientes portadores de moléstias consideradas graves.

De acordo com o relator, as demandas envolvendo a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população por meio do Sistema Único de Saúde podem ser ajuizadas apenas em face da União, isoladamente ou com a inclusão de estado e município. Firmada a interpretação constitucional da matéria, no sentido da prevalência da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, pois o Sistema Único de Saúde (SUS) deve prover os meios para o fornecimento de medicamentos necessários para tratamentos de saúde.

Por fim, ao negar provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, a Terceira Turma, destacou, inclusive, que as alegações fazendárias de elevado custo, a falta de inclusão do medicamento nos protocolos e diretrizes terapêuticas do programa de fornecimento, a existência de medicamentos alternativos ou similares, entre outras, não podiam ser acolhidas, sob pena de risco ao resultado útil do processo. Assim, há de se citar o acórdão do Tribunal Regional da 3ª Região:

**DECISÃO**

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração a acórdão que negou provimento a agravo de instrumento, manejado contra o deferimento de antecipação de tutela, em ação ordinária, para fornecimento do medicamento canabidiol à autora, conforme prescrição médica. Instada a se manifestar, a agravante informou a ausência de interesse no prosseguimento do recurso.

**DECIDO.**

Conforme consulta ao sistema informatizado desta Corte, nos autos da ação originária foi proferida sentença, pelo que resta prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, com esteio no artigo 932, III, do CPC/2015, julgo prejudicado o recurso. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

Em suma, para a egrégia corte, a jurisprudência é pacífica no que se refere ao fornecimento de medicamento essencial à segurança da saúde, razões estas que consubstanciaram a antecipação de tutela, além de ter corroborado a configuração do direito da autora e, conseqüentemente, a manutenção da decisão de primeiro grau.

### **3 BIOÉTICA FUNDAMENTA DECISÃO PIONEIRA DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO**

Para aprovar a importação ao Estado de São Paulo, o Conselho Regional de Medicina invocou os princípios da Bioética. Decorre daí o princípio da autonomia da vontade, pelo qual o paciente deve ser informado sobre as alternativas diagnósticas ou terapêuticas e seus eventuais riscos e, por fim, reduzir a termo o consentimento livre e esclarecido dele ou de seu representante legal para que o médico possa intervir. Nesse sentido, o princípio da beneficência (*primum non nocere*) viabiliza os possíveis benefícios minimizando os possíveis danos.

Diante disso, o princípio da Justiça determina que os benefícios recebidos por uma pessoa devem ser estendidos a outras. Portanto, nota-se que o fundamento da dignidade humana vincula o Estado mediante políticas públicas na área da saúde, além de permitir quebrar determinadas proibições em prol de proporcionar qualidade de vida ao cidadão.

#### 4 A INSTITUIÇÃO DO DEVIDO PROCEDIMENTO PARA IMPORTAÇÃO

A Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, resolve os critérios sobre a prescrição e dispensação de medicamentos sujeitos a controle especial. A referida Portaria classifica as substâncias sob controle especial em diversas listas às quais se aplicam regras específicas para sua prescrição e dispensação e que são frequentemente atualizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por meio de publicações de Resoluções de sua respectiva Diretoria Colegiada. Dessa forma, eis que em 2015 a Diretoria Colegiada da Anvisa atualizou o anexo I da Portaria mencionada, mediante decisão unânime tomada na Reunião Ordinária Pública, da qual se torna oportuno destacar as palavras do diretor-presidente da Anvisa, Jarbas Barbosa, *in verbis*:

Assim, o medicamento será prescrito da mesma forma que outros medicamentos psicotrópicos já em uso no Brasil. Ou seja, terá a tarja preta e só poderá ser vendido com prescrição médica especial, que é aquele formulário que o médico tem, numerado. Quando vendido, a farmácia terá a obrigação de registrá-lo no Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, que é gerenciado pela Anvisa, para que possamos monitorar se está havendo algum desvio ou abuso na sua prescrição.

Dessa forma, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme deliberado em reunião realizada em 22 de abril de 2015, adotou a Resolução n. 17, de 06 de maio de 2015. Nesses termos, a Anvisa autoriza o procedimento de importação de produtos à base de Canabidiol, em associação com outros canabinoides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Ocorre, no entanto, que se trata de uma autorização excepcional e precária, que deve ser interpretada de maneira restritiva, razão pela qual a sua validade é de apenas um ano. Durante esse período de vigência, os pacientes ou responsáveis legais deverão apresentar somente a prescrição médica com o quantitativo previsto para o tratamento diretamente nos postos da Anvisa localizados dentro dos aeroportos. Evidente, portanto, que a emissão de tal autorização cumpre

aos acordos internacionais, sendo indispensável o controle supervisionado diretamente pela autoridade competente.

O cadastramento do paciente na Anvisa pode ser realizado eletronicamente por meio do formulário FormSUS, por e-mail (<med.controlados@anvisa.gov.br>) ou por correio [Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Gerência de Produtos Controlados (GPCON) - Setor de Indústria e Abastecimento (SIA) - Trecho 5, Área Especial 57, Brasília (DF) - CEP: 71205-050]. Para tanto, nos casos de primeiro cadastro são necessários: formulário para Importação e Uso de Produto a Base de Canabidiol; laudo de profissional legalmente habilitado; prescrição do produto por profissional legalmente habilitado; e declaração de Responsabilidade e Esclarecimento para a utilização excepcional do produto. Já nos casos de Renovação de Cadastro, esta deve ser realizada mediante a apresentação de: novo laudo de profissional legalmente habilitado contendo a evolução do caso após o uso do produto à base de Canabidiol, nome do paciente, data, assinatura, carimbo e número do registro do profissional prescritor em seu conselho de classe; e nova prescrição contendo obrigatoriamente nome do paciente e do produto, posologia, quantitativo necessário, tempo de tratamento, data, assinatura e número do registro do profissional prescritor em seu conselho de classe. A partir disso, tendo havido o deferimento do cadastro, a importação pode ser feita por bagagem acompanhada, por remessa expressa ou por registro do Licenciamento de Importação (LI) no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex Importação).

Por sua vez, a prescrição do respectivo produto por profissional legalmente habilitado deve conter obrigatoriamente: nome do paciente cadastrado junto à Anvisa; nome do produto; posologia; quantitativo a ser importado; e data, assinatura e número do registro do profissional prescritor em seu conselho de classe. A prescrição deve ser apresentada em cada importação, diretamente nos postos da Anvisa dentro dos aeroportos. De tal modo, é importante que o ofício de autorização excepcional emitido pela Anvisa esteja em mãos do paciente ou responsável legal para fins de fiscalização. Ressalta-se, por fim, que o paciente e/ou responsável deve importar somente o quantitativo autorizado pela Anvisa, sendo permitida a importação em uma única vez ou parceladamente.

Nesse sentido, caso haja modificação do profissional legalmente habilitado, deverá ser enviada uma nova declaração de Responsabilidade e Esclarecimento assinada pelo profissional que acompanhará o paciente. Além disso, se houver alteração de quaisquer dados informados no Formulário para Importação e Uso de Produto à Base de Canabidiol constantes no cadastro vigente, este documento também deve ser apresentado no ato da renovação. Assim, a Agência solicita imediata notificação na ocorrência de qualquer fato superveniente que impeça ou cesse a utilização dos produtos já importados.

Afinal, os pacientes que já possuíam autorização excepcional expedida anteriormente à Resolução tiveram até o prazo de expiração da validade da autorização já concedida para solicitar um novo cadastramento, de acordo com os requisitos da Resolução n. 17/2015. De tal modo, é recomendável que os interessados se informem previamente à importação na Receita

Federal sobre eventual cobrança de tributos. Por fim, é fundamental que o interessado verifique os requisitos legais que possam ser exigidos pelo país exportador.

## 5 Disposições finais e adequações

Em suma, conforme a Legislação nacional, é possível a importação de produtos sem registro no País para uso pessoal. Assim, resta claro que as orientações sobre como solicitar à Anvisa a autorização de importação de medicamentos controlados sem registro no País já estão disponíveis no site da referida Agência. Para tanto, é essencial que o pedido tenha fulcro em uma prescrição e laudo médico com indicação da necessidade e dos benefícios do medicamento para o paciente.

O porquê da necessidade de laudo combinado com prescrição médica está no fato de que os medicamentos sem registro no País ainda não possuem dados de eficácia e segurança registrados na Anvisa, razão pela qual se imputa ao profissional médico a responsabilidade pela indicação do produto. Vale ressaltar, aliás, que as substâncias de controle especial no Brasil têm propriedades psicotrópicas, entorpecentes, teratogênicas e em alguns casos são controladas internacionalmente. Ante o exposto, a autorização da Anvisa é fundamental para que remédios desse gênero adentrem ao País.

Em alguns procedimentos específicos, a autorização constitui, inclusive, requisito para que a carga seja liberada pela autoridade competente no país de origem. Além disso, é imprescindível observar a legislação pertinente dos países exportadores. Nesse sentido, como ocorre no caso de produtos à base de canabidiol associados com outros canabinoides, a Anvisa sumariou o procedimento de importação, por pessoa física, para uso próprio, mediante simples prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde conforme RDC 17/2015. Ademais, é estimável que o importador se certifique da incidência de tributos na Receita Federal do Brasil. Em todo o caso, a autorização extraordinária concedida pela Anvisa possui validade de um ano, e durante esse período, para a importação dos quantitativos necessários, os pacientes ou responsáveis legais deverão apresentar a prescrição médica com o quantitativo previsto para o tratamento diretamente nos postos da Anvisa localizados nos aeroportos do Brasil.

Por fim, malgrado as resoluções da Anvisa que autorizam a importação, o principal óbice é o elevado custo do produto. Assim, resta ao Judiciário impor ao Poder Público arcar com as despesas para fornecer os medicamentos em pauta. Contudo, diante da urgência decorrente de doenças degenerativas, o acesso a esse gênero farmacêutico deve ser breve, sob pena de o paciente adoecer ou, não raro, morrer antes do deferimento da tutela. Ante o exposto, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro carece de políticas públicas objetivando a universalidade e a celeridade de acesso.

## REFERÊNCIAS

ANVISA. *Passo a passo para importação de produtos à base de canabidiol*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.portalanvisa.gov.br/importacao-de-canabidiol.html>>. Acesso em: 19 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html)>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Getúlio Vargas, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html)>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html)>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html)>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento 0005516-20.2016.4.03.0000. Relator: Des. Federal Carlos Muta. *Diário de Justiça*, 10 out. 2016.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução 268*, de 07 de outubro de 2014. Regulamenta o uso do canabidiol nas epilepsias mioclônicas graves refratárias ao tratamento convencional. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?-siteAcao=Legislacao&id=777>>. Acesso em: 20 maio 2017.

JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Decisão mantém fornecimento de canabidiol à portadora de doença epiléptica em Franca*. São Paulo, 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/343820>>. Acesso em: 20 maio 2017.



# A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Daniela Lavina Carniato<sup>1</sup>

**Resumo:** No presente artigo teve-se a finalidade de constituir um panorama conciso acerca da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. Não se dispensou, contudo, a contextualização histórica e jurídica da temática, tampouco a exemplificação de orientações jurisprudenciais afins. Trata-se de um estudo de cunho crítico-expositivo, desenvolvido com base em doutrinas elaboradas por autores de profundo saber jurídico. A análise revelou que os princípios e direitos determinados na Constituição Federal do Brasil podem influenciar diretamente as relações privadas, sendo imprescindível a ponderação de consequências no caso concreto. Refutou-se a concepção de que os direitos fundamentais são invocados de modo imediato unicamente nas relações verticais, entre Estado e seus subordinados, em que pese seja esse o seu escopo primário.

**Palavras-chave:** Direitos negativos e positivos. Direitos e princípios fundamentais. Relações privadas. Eficácia horizontal.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos dispostos na Constituição Federal, sobretudo aqueles localizados no artigo 5º, possuem uma relevância preponderante nas relações jurídicas. A finalidade natural dos direitos fundamentais direciona-se para as relações verticais, entre Estado e indivíduo ou coletividade. No entanto, cada vez mais é possível verificar uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que incide nas relações entre os indivíduos e seus bens.

Antes de adentrar na temática principal deste estudo, considerou-se imperativo realizar uma breve análise sobre aspectos estritamente relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como a definição e as três dimensões dos direitos humanos. A doutrina também elenca direitos de quarta e quinta dimensões, os quais não serão abordados neste artigo, sem prejuízo ao reconhecimento de sua importância no cenário jurídico mundial.

A contextualização histórico-social da evolução interpretativa dos direitos fundamentais foi explanada de modo a se homogeneizar com as acepções jurídicas, tornando o conteúdo mais holístico e coordenado. Já o cerne do presente artigo tem a finalidade de elucidar características gerais e, posteriormente, peculiaridades e exemplos jurisprudenciais brasileiros, bem como o importantíssimo Caso Lüth.

O suporte teórico utilizado majoritariamente apoiou-se nas obras de Daniel Sarmento, Procurador Geral da República e professor de Direito Constitucional da Universidade Federal

---

<sup>1</sup> Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; dani\_carniato@hotmail.com

do Rio de Janeiro, e Wilson Stainmetz, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Ambos realizaram uma minuciosa pesquisa sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por meio do embasamento em conclusões doutrinárias prestigiadas, bem como do emprego de definições simplificadas e análises de casos concretos, foi possível concluir um estudo sucinto, porém completo e fundamentado. Dessa forma, espera-se que o receptor de tais informações consiga reconhecer a existência e, ainda, a adequada aplicação imediata dos direitos e princípios constitucionais nas relações privadas, sempre que a ponderação das consequências do caso concreto permitir.

## 2 O QUE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

Acerca da definição do que é um direito fundamental não faltam controvérsias, embora as diversas teorias convirjam para pontos semelhantes. As doutrinas jusnaturalistas já debatiam sobre essa espécie de direitos, considerados inatos, pré-jurídicos e anteriores à consolidação do Estado.

Por sua vez, a doutrina majoritária brasileira, representada por autores como Flávia Piovesan e Daniel Sarmento, costuma apoiar-se nas conclusões obtidas pelo célebre Norberto Bobbio. O filósofo italiano, que também destacava o fato de a expressão “direitos do homem” ser muito vaga, defendia que os direitos humanos constituem uma classe variável, moldando-se conforme as condições históricas, e heterogênea, possuindo pretensões diversas ou mesmo incompatíveis entre si (BOBBIO, 2004, p. 13-14).

Não obstante os contrassensos, a apreciação dos direitos humanos acomete em uma correlação inevitável acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. A máxima kantiana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, C.F.), é considerada o eixo de sustentação dos direitos humanos. Nas palavras de Sarmento (2006, p. 89):

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional [...]

Na análise em comento, imprescinde abordar também sobre a confusão terminológica existente entre direitos humanos e direitos fundamentais. A diferença central encontra-se na abrangência do significado dos termos: os direitos humanos são empregados para referir-se a aspectos universais, ao passo que os direitos fundamentais são os direitos humanos relativos ao ordenamento jurídico interno e constitucional.

O debate sobre os direitos humanos não é uma novidade filosófico-jurídica. Contudo, a sua efetividade tornou-se uma preocupação coletiva somente após o findar da Segunda Grande Guerra e dos regimes fascistas. As violações à integridade física, moral e jurídica dos indivíduos impulsionaram a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a assinatura, em

1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DDHH), considerada um dos principais marcos da proteção global dos direitos humanos.

No Brasil, a ascensão dos direitos fundamentais ocorreu de modo gradual. Sobretudo no Império, as normas jurídicas brasileiras refletiam os interesses da administração lusitana, do patrimonialismo e da escravidão, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais, como bem discorre Wolkmer (2006, p. 40).

Os direitos fundamentais, considerando-se as três dimensões de direitos humanos, somente encontraram seu devido respaldo jurídico na Constituição Federal de 1988. Além de elevar à condição de cláusulas pétreas expressas os direitos políticos, sociais, difusos e coletivos, o Texto Magno os incorporou em perfeita sintonia com a tendência internacional de proteção aos direitos humanos (SARMENTO, 2006, p. 85).

### **3 A PROTEÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS**

A função do Estado perante a efetivação dos direitos humanos transformou-se, e permanece a fazê-lo, com base em aspectos históricos e sociais. Houve períodos de abusos, de inércia, de limitações e de garantias. Destacaram-se, nesse sentido, três eras do desenvolvimento político-jurídico: o Estado Liberal, o Estado de Bem-Estar Social e o Estado Pós-Social.

O liberalismo, doutrina do século XVIII fundamentada no princípio da liberdade individual e econômica, refletiu as convicções de uma burguesia farta das arbitrariedades do absolutismo monárquico. No Estado Liberal, a Constituição e os direitos humanos eram observados como garantias dos indivíduos perante a atuação estatal.

Como influência máxima do liberalismo, há que se citar a Revolução Francesa (1789) e a difusão dos seus três ideais – liberdade, igualdade e fraternidade – para a insurgência das dimensões de direitos humanos. O primeiro ideal da Revolução Francesa resultou nos direitos humanos de primeira dimensão, que englobam os direitos civis e políticos. São os direitos negativos em que o Estado deve se manter aquém, devendo apenas não instituir normas que os limitem.

Os principais documentos históricos que apresentavam garantias aos direitos humanos de primeira geração são, conforme Lenza (2012, p. 958), a Magna Carta de 1215; a Paz de Westfália, de 1648; o Habeas Corpus Act, de 1679; a Bill of Rights, de 1688 e as Declarações Americana, de 1776, e Francesa, de 1789.

No Brasil, o liberalismo foi fundamental para a superação do regime monárquico, não podendo prosperar além em razão do conservadorismo e do patrimonialismo ainda presentes no período republicano. A perspectiva político-jurídica da teoria liberal calçou-se em princípios básicos, como a divisão dos poderes, a descentralização administrativa, a soberania popular e a supremacia constitucional (WOLKMER, 2006, p. 74).

Em que pesem os grandes avanços do liberalismo na efetivação dos direitos humanos, houve uma completa abstenção estatal no que concerne à proteção de tais direitos no âmbito privado. Assim, com a consolidação de teorias opostas ao liberalismo, como a doutrina marxis-

ta, adequada para o contexto das explorações decorrentes da Revolução Industrial, o segundo ideal da Revolução Francesa ascendeu.

O princípio da igualdade originou os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais. São direitos positivos, para os quais o Estado deve direcionar políticas públicas capazes de garantir a sua eficácia. Destacaram-se nessa esfera os seguintes documentos: a Constituição do México, de 1917; a Constituição de Weimar, de 1919; o Tratado de Versalhes, de 1919; e a Constituição Brasileira de 1934 (LENZA, 2012, p. 959).

Os direitos econômicos, sociais e culturais instituíram o Estado do Bem-Estar Social e consagraram o reconhecimento material da igualdade e dos direitos humanos, delegando-se ao Poder Público o dever de garanti-los. Contudo, justamente em razão da sua natureza prestacional e da escassez de recursos públicos, os direitos de segunda dimensão enfrentam graves obstáculos a sua implementação eficaz (SARMENTO, 2006, p. 21).

O Estado Providência começou a ser fortemente questionado a partir da derrocada do comunismo, com a queda do Muro de Berlim, em 1989, a dissolução da União Soviética, em 1991, e o estabelecimento do neoliberalismo. Os empecilhos acentuaram-se com a globalização econômica, a qual reduziu o domínio do Estado nas condições que influenciavam a regulamentação de políticas públicas e, por conseguinte, a garantia dos direitos sociais (SARMENTO, 2006, p. 27).

Sarmento (2006, p. 33) denominou o novo e hodierno modelo institucional Estado Pós-Social, qualificando-o como um Estado subsidiário: “Ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja.”

Foi no contexto das novas transformações que também surgiram os direitos de terceira geração, inspirados no ideal da fraternidade da Revolução Francesa. Trata-se dos direitos difusos e coletivos, como os direitos dos consumidores e o direito à qualidade ambiental, ratificados na Constituição de 1988.

#### **4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES**

De modo oposto ao que ocorreu no Estado Social, o contexto Pós-Social destacou-se pela privatização do público e pela homogeneização de tais esferas antagônicas. Por influência, iniciou-se o processo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em uma relação impositiva constitucional na atuação dos entes privados no que concerne, sobretudo, à proteção dos direitos sociais.

A vinculação dos entes privados a aspectos que outrora eram destinados unicamente ao Poder Público foi uma consequência inevitável da globalização e da insuficiência do Estado Provedor. Ademais, a tutela dos direitos humanos garantidos no ordenamento jurídico interno também nas relações privadas constituiu-se em um desdobramento da obrigação moral e jurídica de se proteger a coletividade (SARMENTO, 2006, p. 35).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais contribuiu para a valorização de sua dimensão objetiva, isto é, o reconhecimento de que tais direitos compreendem os valores mais

relevantes para a comunidade política, não se constituindo apenas em pretensões subjetivas dos indivíduos (SARMENTO, 2006, p. 105-106).

Com essa nova acepção, efetivou-se a concretização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, caracterizada pela interpretação e aplicação de todas as normas legais conforme os princípios humanos constitucionais, como se estes fossem um filtro jurídico. Nesse sentido, discorre Sarmiento (2006, p. 125):

Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica, etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revisitada pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra. Trata-se do fenômeno da *filtragem constitucional* [...]

Além das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, imprescinde abordar sobre a sua eficácia indireta e direta, ambas correlacionadas à eficácia irradiante, ainda que tais denominações sejam quase autoexplicativas.

Segundo a teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais incidem seus efeitos por meio das normas e dos princípios interpretativos próprios do direito privado, em uma atuação conjunta do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (STEINMETZ, 2004, p. 137). Aos legisladores infraconstitucionais destina-se a função de delimitar, ponderar e harmonizar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Aos juízes cabe o desígnio de suplementar as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados do direito privado conforme os pressupostos constitucionais (STEINMETZ, 2004, p. 143-145).

A preservação da autonomia como princípio fundamental do direito privado, bem como a segurança jurídica, promovida pela especificidade das normas que regulam as relações privadas, são os alicerces da eficácia mediata dos direitos fundamentais indicados pelos seus defensores (STEINMETZ, 2004, p. 139).

A doutrina brasileira, contudo, tem-se demonstrado favorável à eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. Destacam-se, nesse sentido, os posicionamentos de célebres autores como o jurista Ingo Wolfgang Sarlet, o qual reconhece a imprescindibilidade da ponderação dos direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada, e o ministro Luís Roberto Barroso, que corrobora a adequabilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais no sistema jurídico do Brasil (SARMENTO, 2006, p. 246-249).

Há que se ressaltar, neste momento, que a aplicação imediata dos princípios e direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal nas relações verticais é um mandamento previsto nos próprios termos constitucionais, sendo que o entendimento já está pacificado. As controvérsias referem-se à aplicação direta nas relações horizontais.

A teoria da eficácia imediata pressupõe uma aplicação não condicionada à mediação do legislador e da interpretação judicial referente às cláusulas gerais do direito privado, constituindo-se em uma incidência instantânea dos direitos fundamentais. Não consiste, todavia, em um regime interpretativo rígido e absoluto, uma vez que seu intuito é estabelecer uma análise

ponderada e proporcional acerca dos direitos fundamentais e da autonomia privada, respeitando-se a autodeterminação dos indivíduos.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é percebida nas três dimensões de direitos humanos, podendo ocorrer imediatamente ou de forma condicionada. Sarmento (2006, p. 287-317) reservou um espaço significativo de sua obra para abordar especificamente as incidências em cada “espécie” de direitos do homem, demonstrando-se favorável à existência real e à aplicação imediata nas relações privadas, sempre que as circunstâncias do caso concreto possibilitarem tal eficácia, respeitando-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

No mesmo sentido aborda Steinmetz (2004, p. 295), nas conclusões de sua tese:

[...] a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – sobretudo a direitos individuais – se materializa como eficácia imediata “matizada” (“modulada” ou “graduada”) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações civis é a mais aparente. O Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, é um dos maiores exemplos da crescente influência – neste caso, da influência condicionada – dos direitos fundamentais nas relações privadas. O seu artigo inaugural já explicita essa evolução jurídica, estabelecendo que a ordenação e a interpretação do processo civil devem ser baseadas nos valores e nas normas fundamentais da Constituição (art. 1º, Código de Processo Civil). Os artigos seguintes da Lei n. 13.105 fazem menção a princípios abertos, receptivos à complementação constitucional, como o princípio do prazo razoável (art. 4º), da isonomia (art. 7º), dos fins sociais, do bem comum e da dignidade da pessoa humana (art. 8º).

No que concerne aos direitos fundamentais políticos, a vinculação dos particulares está atrelada ao conceito mais abrangente da democracia, isto é, ao direito de participação nas deliberações, sejam elas públicas sejam de caráter comunitário, empresarial e familiar. Conforme Sarmento (2006, p. 314), não obstante a inexistência de um direito subjetivo de participação direta nas decisões familiares, por exemplo, a eficácia do princípio democrático é garantida inclusive nos termos constitucionais, quando se estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (art. 226, § 5º). Além disso, é inegável a crescente busca pela igualdade de salário e de participação entre homens e mulheres, o que comumente é relacionado apenas às lutas sociais e feministas, porém não deixa de ser uma incidência imediata dos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, por sua vez, constitui-se na incidência do princípio da solidariedade. Obviamente, o dever precípua de se garantir moradia, saúde e educação é do Estado, embora seja coerente afirmar que a sociedade também possua uma corresponsabilidade em assegurar os direitos coletivos. Segundo Sarmento (2006, p. 295), tal compromisso não é meramente filantrópico, uma vez que se funda em uma exigibilidade jurídica: o desdobramento do primeiro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, Constituição Federal). É necessário destacar que, sobretudo nessa dimensão dos

direitos humanos, a incidência direta nas relações particulares deve decorrer de um profundo exame sopesado com o intuito de não se causar um prejuízo substancial na liberdade e na situação econômica dos agentes privados. Pode-se citar como exemplos da eficácia horizontal dos direitos de segunda geração a gratuidade no transporte coletivo para idosos e deficientes e a destinação de uma parcela dos recursos bancários a programas de financiamento de habitação popular (SARMENTO, 2006, p. 297-298).

Em relação aos direitos transindividuais e difusos, Sarmento (2006, p. 319) destaca haver uma vinculação passiva dos particulares, abordando especificamente o direito ao meio ambiente saudável e harmônico. A preocupação com a qualidade dos ecossistemas e com a preservação da humanidade, apesar de ainda subestimada e tímida, mobilizaram entidades mundiais, direcionando o desenvolvimento dos países para um modelo mais sustentável e equilibrado. Em que pese a internalização jurídica de tratados internacionais e a criação de leis ambientais mais rígidas, é sabido que a única forma de efetivamente proteger a natureza provém das atitudes individuais. É uma obrigação imposta pela Constituição Federal, no caput do artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

Na práxis cotidiana, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração apresenta-se sob a forma de situações conflituosas envolvendo dois indivíduos e os seus direitos constitucionais subjetivos ou bens coletivos tutelados e direitos fundamentais individuais (STEINMETZ, 2004, p. 133). Como bem afirmado tanto por Sarmento quanto por Steinmetz, os conflitos devem ser solucionados após ser realizada a ponderação.

A ponderação é o processo pelo qual se analisam criteriosamente dois aspectos aparentemente incompatíveis que incidem em uma única situação, possuindo como finalidade encontrar a solução mais adequada para cada problemática concreta. Por estar estritamente relacionada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sopesa benefícios e prejuízos, bem como implicações determinadas e determináveis para as partes envolvidas, gerando um meio-termo resoluto.

## **5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como matéria específica, é objeto relativamente recente dos estudos brasileiros. Por outro lado, a jurisprudência, fonte indispensável para a análise do posicionamento jurídico brasileiro, já vem proferindo decisões favoráveis há mais de duas décadas. Inicialmente, antes de se discorrer sobre o posicionamento dos tribunais brasileiros, imprecinde tratar sobre o Caso Lüth. O Lüth-Urteil ocorreu na Alemanha, em 1958, e se

constitui em uma das primeiras e mais importantes decisões jurisprudenciais sobre a dimensão objetiva dos direitos humanos e a eficácia dos preceitos constitucionais nas relações privadas.

Eric Lüth, à época um crítico de cinema, organizou o boicote de um filme lançado por Veit Harlan, famoso por ter realizado outro filme, de propaganda antisemita. Em ação cominatória ajuizada por Harlan, Lüth foi condenado pelo Tribunal Estadual de Hamburgo a realizar uma prestação negativa, por causar dano a outrem. Irresignado, Lüth apelou junto ao Tribunal Superior de Hamburgo, em conjunto com uma reclamação constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Federal, defendendo a eficácia dos princípios e dos direitos da *Grundgesetz*, Lei Fundamental Alemã, também nas relações privadas, revogou a decisão do Tribunal Estadual.

Conforme Schwab (2005, p. 381):

os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Austrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto [...]

Importantíssimo enfatizar o período em que a decisão foi proferida e o avanço que representou para a valorização dos direitos humanos. No ano 1958, o Brasil ainda nem tinha vivido a era da Ditadura Militar, caracterizada pelas limitações à liberdade individual, e somente 30 anos depois se promulgaria a Constituição Cidadã.

Em relação à jurisprudência brasileira, Sarmiento (2006, p. 250-251) elenca algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que corroboraram a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Citou, entre outros exemplos, dois Recursos Extraordinários, um de 1996 (RE 158.215-4/RS) e outro de 2006 (RE 201.819-8/RJ), que asseguraram o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, respectivamente, a funcionários de uma associação e a um compositor excluído do quadro de sócios da União Brasileira de Compositores.

A propósito, o Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, supramencionado, é citado em quase todas as decisões favoráveis à eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais. Vale destacar o trecho mais citado do acórdão, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

A aplicação direta do princípio da ampla defesa nas relações privadas, em seus diversos âmbitos, já está sedimentada. Em 2015, o Tribunal do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 20100112192574, reconheceu a sua eficácia em um caso de aplicação de pena pecuniária a um condômino que violou normas internas de seu condomínio, sem possibilitar-lhe a justificação.

Em 2016, o Tribunal do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70068358837, defendeu a necessidade de se ter oportunizado a defesa a um sócio de clube que foi excluído por falta de

pagamento. Além disso, a aplicação imediata do princípio da ampla defesa também é corroborada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Além do princípio da ampla defesa, há outras decisões importantes, ainda que mais escassas, as quais apoiaram a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em 2015, por exemplo, o Tribunal de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2014.077813-7, declarou a improcedência do pedido de uma instituição de ensino particular que se negava a custear a contratação de professor auxiliar à infante autista. O acórdão, relatado pelo Desembargador Ronei Danielli, argumentou a prevalência do direito à educação e à inclusão, a função social do contrato e a garantia constitucional do atendimento educacional especializado.

De fato, a admissibilidade da aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações privadas submete-se ao posicionamento dos órgãos julgadores e das jurisprudências já proferidas. O que se percebe, genericamente, é um paulatino crescimento de decisões favoráveis à eficácia direta ou incondicionada, não se dispensando de forma alguma a ponderação de consequências derivadas.

## 6 CONCLUSÃO

A temática dos direitos humanos está correlacionada a diversos aspectos, os quais transcendem a esfera do Direito Constitucional e dos vínculos estritos entre Estado e seus subordinados. O próprio contexto da gênese e do desenvolvimento dos direitos do homem indica uma evolução interpretativa no sentido de se garantir uma proteção geral, que incide também nas relações entre particulares. Da abstenção e inércia, o direito evoluiu para a tutela estatal e, posteriormente, para a aplicação dos direitos e princípios constitucionais também nos casos em que o Estado não atua como sujeito passivo ou ativo.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é um fenômeno em ascensão, motivado pela insuficiência do Estado na proteção dos direitos individuais, coletivos e difusos. A aplicação pode ocorrer de modo imediato ou por meio da atuação do legislador infraconstitucional e das cláusulas gerais, receptivas à integração conforme os princípios da Constituição Federal. Atualmente – e as circunstâncias indicam que isso irá se fortalecer – há um movimento doutrinário e jurisprudencial a favor da incidência direta, sobretudo no que concerne ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Indispensável frisar que a análise dos casos concretos deve decorrer de um procedimento de ponderação, considerando-se as possíveis consequências. Assim, a incidência nas relações privadas dos dispositivos constitucionais, primariamente destinados às relações verticais, somente ocorrerá após se sopesarem benefícios e malefícios, o que garante uma solução pautada na razoabilidade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: *L'età dei Diritti*.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819-8. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. Apelação Cível n. 20100112192574. Relator: Des. Simone Lucindo. Jus Brasil, Distrito Federal, 21 out. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254728855/apelacao-civel-apc-20100112192574#!>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 1313 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70068358837. Relator: Des. Liége Puricelli Pires. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, RS, 15 abr. 2016. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=N%C2%BA+70068358837&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&sort=-date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=N%C2%BA+70068358837&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&sort=-date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2014.077813-7. Apelante: Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus. Apelada: Sofia Dornelles da Silva. Relator: Des. Ronei Danielli. *Diário da Justiça*, Florianópolis, SC, 11 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/85884435/djsc-11-02-2015-pg-248/pdfView>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362 p.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. 1000 p. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 129 p.

# A LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS

Thays Fortes Borges Ferraraccio<sup>1</sup>

Janaína Reckziegel<sup>2</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa tem por tema a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. O problema da pesquisa reside na possível violação dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana pela utilização de células-tronco embrionárias com potencial biológico em pesquisas científicas. O objetivo geral com a pesquisa foi estudar as implicações jurídicas sobre a utilização das células-tronco embrionárias em seus aspectos positivos e negativos. Os objetivos específicos são apresentar breves contornos sobre o início da vida e a relação com a bioética e o biodireito; analisar a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias com base na lei da biossegurança e quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal; e por fim responder se é o procedimento de utilização de células-tronco embrionárias um problema ou uma solução. A pesquisa foi realizada sob o método qualitativo teórico-bibliográfico, mediante a realização de pesquisas em livros de autores renomados e em sites especializados no tema. Conclui-se que a utilização das células-tronco é uma solução para a cura e manutenção de doenças, ressalvado o respeito à dignidade da pessoa humana e à vida na realização do procedimento.

**Palavras-chave:** Pesquisas com células-tronco embrionárias. Supremo Tribunal Federal. Dignidade humana. Bioética. Direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Busca-se analisar a legitimidade desse procedimento com base na lei da biossegurança e a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que autoriza sua utilização mediante a observância dos requisitos previstos em lei.

O problema com a pesquisa versa sobre a provável violação do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana mediante a utilização dessas células-tronco embrionárias, que possuem potencial biológico para se tornarem seres humanos, mas que são empregadas em pesquisas com seres humanos para tratamento de doenças.

O objetivo geral com esta pesquisa é estudar as células-tronco embrionárias e suas implicações jurídicas no que tange à utilização em pesquisas terapêuticas. Os objetivos específicos são estudar o início da vida e a relação da bioética e do biodireito na tutela da vida; analisar a lei da biossegurança e o posicionamento do STF quanto à utilização dessas células-tronco em-

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; thaysfortesborges@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 2801/2802-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

nárias em pesquisas; e por fim responder se essa utilização representa um problema ou uma solução para a sociedade.

A pesquisa foi realizada com uma abordagem qualitativa baseada em um estudo teórico-bibliográfico, mediante a pesquisa em livros de autores renomados, sites especializados no tema, artigos científicos e outros materiais relacionados.

Em síntese, a pesquisa tem o enfoque do estudo voltado para as pesquisas com células-tronco e a sua utilização para fins terapêuticos. Sua abordagem centra-se em demonstrar quais problemas e soluções foram encontrados em relação à utilização dos embriões humanos no tratamento de doenças frente ao potencial biológico e regenerativo das células-tronco.

## **2 BREVES CONTORNOS SOBRE BIOÉTICA, BIODIREITO E O INÍCIO DA VIDA**

As novas tecnologias, quando associadas aos experimentos científicos e à medicina, podem muitas vezes interferir de forma negativa na condição humana, considerando a inobservância dos valores éticos e morais que regem o ser humano e a sociedade na realização de experiências (OLIVEIRA, 2003, p. 62). Observa-se que, embora a bioética seja um mecanismo de identificação de problemas comportamentais do ser humano relacionados com às novas tecnologias, essa prerrogativa não oferece respaldo para que esse instituto atue na esfera jurídica.

Portanto, o biodireito é a área responsável pela criação de leis e pelo preenchimento das lacunas aduzidas pelos impactos da nova era tecnológica em seres humanos (CATÃO, 2004, p. 28). Também, pode-se afirmar que o biodireito se trata de um novo sistema na área jurídica, em que se busca efetivamente fazer a abordagem das lacunas ou vazios jurídicos.

Conceitua-se biodireito como o conjunto de normas esparsas que objetiva regular as ações e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com a finalidade de preservar a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana diante do progresso científico, sejam eles benéficos ou não. Assim, a capacidade do ser humano de expandir seu domínio na realização de pesquisas, promovendo experiências capazes de intervir na condição natural do ser humano, sem levar em conta as consequências que isso pode acarretar, representa um grave problema (CATÃO, 2004, p. 28).

A tarefa do biodireito em relação ao progresso científico e tecnológico é regular juridicamente os desafios do novo século, sob a perspectiva de uma abordagem integral e interdisciplinar. Ainda, considerando-se que o ser humano tem sido visualizado sob uma ótica artificial, no qual, pelo fato de se permitirem ser moldados pela sociedade podem ser equiparados à condição de um ser “quase infinitamente plástico”, é fato que a raça humana atual representa o resultado de um processo de evolução que vem prosseguindo por milhões de anos, “um processo que com alguma sorte se estenderá muito no futuro.” (FUCUYAMA, 2003, p. 20).

Assim, o estudo das pesquisas com células-tronco se insere no contexto da bioética e do biodireito por constituir uma forma de intervenção no corpo humano que pode lesionar a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Também, por ser um procedimento que envolve

embriões para sua realização, essa questão suscita o questionamento acerca do início da vida e em que momento um embrião se torna uma vida, ou sujeito titular de direitos.

Para Catão (2004, p. 93), o início da vida acontece quando o indivíduo adquire a personalidade jurídica. Nesse contexto, entende-se por personalidade “algo inerente ao ser humano, delimitando-lhes características próprias e diferenciando-os entre si, pois é ela que, de um modo geral, atribui ao homem um perfil unitário e específico.” Dessa forma, a personalidade é originária do latim *personalitas*, de *persona* e significa um conjunto de elementos inerentes à pessoa. Portanto, é por meio da personalidade que o ser humano exterioriza suas características próprias.

Nesse sentido, a personalidade jurídica ou os direitos de personalidade relacionam-se com o conceito de individualidade do ser humano, que o torna exclusivo e essencial, ao passo que caracteriza a pessoa ou entidade jurídica com a capacidade de ser sujeito ativo ou passivo de direitos. Diante disso, “a personalidade é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”, ao passo que o conceito de personalidade “constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento ou pressuposto.” (DE CUPIS, 1961, p. 13).

Não obstante, desde o processo de aquisição até a perda da personalidade jurídica, o ser humano atravessa algumas fases evolutivas, como: a fase pré-natal, fases do nascimento, crescimento, maturidade, envelhecimento e morte e, por fim, a fase *post-mortem*. Assim, apesar de o Texto Constitucional não fazer referência ao momento em que de fato acontece o início da vida humana, é evidente que a inviolabilidade da vida humana é requisito necessário para a própria percepção da tutela do direito à vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana (CATÃO, 2004, p. 94).

### **3 A LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO: UMA ANÁLISE SOBRE A LEI DE BIOSSEGURANÇA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Procuradoria Geral da República ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade para demonstrar a ilegalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05, que prevê a autorização da utilização de células-tronco embrionárias adquiridas de embriões humanos produzidos pela técnica de fertilização *in vitro* atendendo a algumas condições, como ser embriões inviáveis ou congelados depois de completar três anos ou mais da data de publicação da lei ou do congelamento. Nesse aspecto, em ambas as situações a Lei prevê a necessidade do consentimento dos pais (BRASIL, 2005).

As instituições de pesquisa e os serviços de saúde que realizarem pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias deverão submeter os projetos para apreciação de aprovação dos comitês de ética em pesquisa, visto que é terminantemente proibida a venda de material biológico para a promoção de pesquisas científicas (BRASIL, 2005), ao passo que constitui crime previsto no artigo 15 da Lei n. 9.434 (1997) que regulamenta sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 argumenta que o embrião desde a sua concepção representa a vida, por essa razão, possui a prerrogativa, privilégio ou direi-

to de ter preservada a sua dignidade. Portanto, a legalidade da utilização de embriões para a realização de pesquisas científicas perpetradas pela Lei da Biossegurança vai de encontro ao ordenamento jurídico, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008).

Para Oliveira Júnior (2008), a autorização conferida pela Lei da Biossegurança é para utilização do material excedente, inviável ou sem chance de alojamento no útero materno, de modo que se inviabiliza a ideia “de se colher o sêmen do homem e o óvulo da mulher para realizar a inseminação *in vitro* com outra finalidade”, isto é, a permissão abarca somente a utilização de embriões que não seriam utilizados no procedimento da fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, os congelados e aqueles que apresentam a impossibilidade de se implantar no útero materno, ressalvado o consentimento dos genitores.

Nessa perspectiva, de modo que a Constituição Federal de 1988 não prevê conceito acerca do momento em que a vida tem início, essa incumbência foi repassada ao Supremo Tribunal Federal que promoveu uma audiência pública previamente ao julgamento, para a qual foram convocados 22 especialistas com o objetivo de auferir conhecimentos para fundamentar a decisão. Após uma série de discussões acerca do assunto, os 11 ministros julgaram, por seis votos a cinco, improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade que contestava a legalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (BAEZ, 2011).

Na data de 29 de maio de 2008 o STF decidiu pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade e pela constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05. Para os Ministros votantes as pesquisas com células-tronco não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. De um lado, os Ministros votantes pela improcedência da ADI foram Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Melo (ROCHA, 2014).

Por outro lado, os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes consideraram que a Lei é constitucional, porém ressaltaram a necessidade de que o Tribunal declarasse em sua decisão que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas por um Comitê Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Também, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau concordaram com a realização de pesquisas com células-tronco, mas enfatizaram que somente poderiam ser utilizados embriões inviáveis, ou seja, os que pudessem ser utilizados não poderiam ser destruídos para retirada de células-tronco (BRASIL, 2008).

O ministro Carlos Ayres Brito, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade e condutor do julgamento, ressaltou que a Constituição Federal de 1988, quando se refere à dignidade da pessoa humana, direitos da pessoa humana, livre exercício dos direitos individuais, e assim por diante, estaria referindo-se “aos direitos e garantias do indivíduo-pessoa, ou seja, pessoas físicas ou naturais que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil.” (BAEZ, 2011, p. 71).

Em conformidade com o fundamento do voto do Ministro Carlos Brito, a autorização da utilização de embriões nas pesquisas com células-tronco estaria ligada aos embriões congelados e que não seriam ou não poderiam ser utilizados. Também, pode-se dizer que a destinação

dos embriões além do congelamento permanente, e em caso de não utilização em pesquisas científicas, seria o descarte. Ao final, o ministro relatou que o “embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional.” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008).

Oliveira Júnior (2008) destaca que o descarte de material embrionário, para as ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia, caracterizaria a formação do “lixo humano”, por esse motivo, é preferível que os embriões sejam utilizados em pesquisas científicas para o desenvolvimento de terapias e para o tratamento de doenças do que sejam inutilizados e descartados sob a condição de mero “lixo humano”.

Ainda, em relação ao voto da Ministra Ellen Gracie, constata-se que não existiria um vício de inconstitucionalidade na autorização de embriões em pesquisas com células-tronco, ao passo que, para a ministra, o “pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.” Por essa razão, acompanhando o voto do ministro relator, Ellen Gracie preceitua que por não poderem ser equiparados à condição de pessoa aos embriões não assistiria a garantia da inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2008).

Em contrapartida, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito julgou a ação parcialmente procedente, pois concordou com a interpretação dada pelo Texto Constitucional, porém, com a ressalva de que não seja retirada qualquer parte do texto da Lei confrontada. Em relação às pesquisas com células-tronco, o ministro admitiu que podem ser mantidas sem que causem prejuízo aos embriões humanos viáveis, em suma, sem que sejam destruídos (BRASIL, 2008).

Também, o ministro propôs maiores restrições ao uso das células-tronco embrionárias com maior rigor na fiscalização dos procedimentos de fertilização in vitro para embriões congelados há três anos ou mais, além da autorização expressa dos genitores na proibição dos embriões utilizados, exceto os inviáveis. Nas palavras do próprio ministro Menezes, “as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida.” (BRASIL, 2008).

Sem dúvida, a discussão das células-tronco embrionárias suscitou um debate polêmico aos ministros que tiveram em suas mãos a responsabilidade de decidir o que vale mais, o tratamento de uma pessoa enferma mediante utilização de embriões humanos, ou a prevalência do direito de desenvolvimento do embrião até o nascimento se concretizando como um ser humano sujeito de direitos (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 711). É nesse aspecto que se busca a “resposta correta”, ou seja, a eficiência de uma decisão pautada em princípios constitucionais capazes de assegurar a plenitude do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

É fundamental que nas decisões o caso concreto seja considerado “observando suas peculiaridades, sem a aplicação de uma resposta abstrata para ser aplicada em outras”, portanto,

ao longo da análise dos votos dos ministros é visível a sequência de votos pautada em um argumento anterior, ou uma réplica do que já havia sido ponderado (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 710).

Ante ao exposto, após essa breve análise sobre a lei e o posicionamento do STF, a seguir serão apresentados os pontos positivos e negativos referentes à utilização de células-tronco embrionárias nas pesquisas e experimentos científicos envolvendo seres humanos.

#### **4 A UTILIZAÇÃO DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?**

As pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias têm sido um tema amplamente discutido pela sociedade, ao passo que se apresenta como uma possibilidade de revolução na área da medicina. De acordo com Pranke (2004, p. 1), “o uso clínico das células-tronco embrionárias apresenta-se como a principal esperança da ciência no tratamento de diversas doenças neuromusculares degenerativas e de inúmeras outras doenças sem cura até o presente momento.”

A perspectiva da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas é motivada pela sua função regenerativa tecidual, pois tais células possuem potencial biológico para se diferenciarem em células específicas de tecidos, órgãos, ou qualquer estrutura do corpo humano. Por essa razão, são “transplantadas no indivíduo doador com a finalidade de substituir células danificadas ou regenerar tecidos de órgãos doentes.” (ALHO, 2003, p. 64). Por meio desse procedimento, a medicina regenerativa busca promover o tratamento e até mesmo a cura para inúmeras doenças, sem correr o risco da incompatibilidade imunológica.

Também se pode dizer que as células-tronco embrionárias são plásticas, em razão de sua alta capacidade de se originar em diferentes tipos de tecidos. Entre os males possíveis de serem curados pela reposição celular das células-tronco embrionárias destacam-se: “mal de Alzheimer, mal de Parkinson, queimaduras, hepatite, diabetes, artrite, cirrose, paralisia (para e tetraplégicos) e até mesmo o infarto agudo no miocárdio.” (ALHO, 2003, p. 66).

Recentemente, uma das maiores descobertas envolvendo as células-troncos foi a possibilidade de “corrigir o DNA” e de tratar doenças mitocondriais raras com fator hereditário repassado de mãe para filho (PRESSE, 2015). Essas falhas geram má-formação que começa com a visão e audição e pode alcançar até mesmo músculos, coração e funções do cérebro da criança.

Entretanto, a principal finalidade da utilização das células-tronco em tratamentos médicos encontra sua prioridade na função regenerativa, que pode levar à substituição da técnica dos transplantes de órgãos em alguns casos. Por exemplo, a implantação de células-tronco para a regeneração de um fígado ou tecido cardíaco poderia ser mais célere e eficiente, visto que a probabilidade de rejeição pela incompatibilidade imunológica é quase nula. Desse modo, a espera por um doador na fila dos transplantes e até o mesmo procedimento de risco ante a

incompatibilidade poderiam ser problemas resolvidos com a utilização das células-tronco embrionárias (ALHO, 2003, p. 66).

Mas no que se refere à problemática suscitada pela utilização das células-tronco em pesquisas e tratamentos com seres humanos levantam-se as seguintes questões: é justificável o sacrifício de embriões humanos para salvar vidas humanas? A quem cabe o direito de continuar vivendo: ao paciente doente ou ao embrião clonado? Por que motivo ético, legal ou moral um deles tem mais direito à vida do que o outro? (ALHO, 2003, p. 66-67).

Primeiramente, o principal argumento utilizado pelos profissionais que aceitam a utilização para fins terapêuticos é de que um embrião, quando não implantado no útero materno, não poderá se desenvolver, estando condenado “a não nascer”.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, assegura a vida como um direito fundamental, e autores como Alho (2003) entendem que as células embrionárias representam o início da fase da constituição do homem como um indivíduo pleno, e por esse motivo é injustificável sacrificar embriões humanos para salvar vidas, ou mesmo de impedir seu desenvolvimento pleno para o tratamento de um paciente doente.

Entretanto, sem dúvida, o debate acerca do início da vida se mostra essencial para considerar em que momento de fato começa a vida humana, e se esta pode vir a ser violada pela utilização de embriões nas pesquisas com células-tronco embrionárias, ou, ainda, se estas devem ser equiparadas ao próprio ser humano. Desse modo, alguns admitem que as células já podem ser consideradas uma vida pelo simples fato de que no ambiente uterino gerariam um ser humano (ALHO, 2003).

No entanto, nos casos aplicados à técnica da fertilização *in vitro*, destaca-se que tais células embrionárias somente se desenvolveriam quando implantadas no útero materno, caso contrário, seriam células com potencial biológico de se tornar ser humano que morreriam no laboratório (ALHO, 2003). Também, as células implantadas em um órgão danificado, por exemplo, teriam a função regenerativa e não a função do desenvolvimento biológico de um ser humano, tal qual acontece no útero materno.

Partindo desse ponto de vista, pode-se perceber que as células-tronco embrionárias desempenham funções diferentes quando são inseridas ou situadas em ambientes diferentes ao útero materno. De acordo com Alho (2003), as células-tronco embrionárias apresentam autonomia biológica de vida, isto é, podem vir a se tornar uma vida humana, ou indivíduo pleno, desde que se desenvolvam em ambiente apropriado.

Também, outro aspecto relevante no que tange à problemática da utilização de células-tronco embrionárias é a criação ou geração de embriões especificamente para fins terapêuticos. Alguns pesquisadores inclusive admitem a compra de óvulos e de sêmen para realizar as pesquisas, mediante o consentimento das pessoas que venderam o material biológico. A questão ética problematizada é o fato de que os laboratórios, ao produzirem embriões, objetivam não apenas utilizá-los para tratamentos terapêuticos, mas para lucrar com o comércio de embriões.

Todavia, a única certeza é de que os embriões desenvolvidos com o objetivo de reprodução que sobraem nas clínicas de fertilização não terão outro destino, a não ser o descarte

depois de decorrido o prazo previsto em que devem estar armazenados e congelados (PRANKE, 2004). Logo, para a corrente favorável à utilização de embriões nas pesquisas com células-tronco, permitir a destruição desses embriões é um desperdício, ao passo que poderiam ser utilizados com o intuito de salvar vidas.

Com isso, percebeu-se que a questão da utilização de embriões nas pesquisas com células-tronco com a finalidade terapêutica suscita inúmeros questionamentos de cunho ético, jurídico e até mesmo filosófico; no entanto, o fato é que a possibilidade da utilização de pesquisas e o uso clínico das células-tronco embrionárias “pode ser a única chance de salvar a vida de inúmeros pacientes que sofrem de doenças incuráveis e que têm nessas pesquisas a única esperança de sobrevivência.” (PRANKE, 2004).

Além disso, as pesquisas médicas com seres humanos ou que façam uso de partes do corpo do humano devem sempre ser desenvolvidas respeitando a dignidade, devendo apenas ser admitidas atividades que “não venham a reduzir os indivíduos à condição de mero objeto ou instrumento de vontades alheias.” (BARRETO; RECKZIEGEL, 2013, p. 211). A ciência deve ser um instrumento em favor da humanidade e não o contrário, uma vez conferida a legitimidade em favor das pesquisas com células-tronco, considerando que retratam possibilidades de criação de tratamento para diversas doenças e que, conforme demonstrado, a não utilização dos embriões acarretaria o desperdício de um material com grande potencial biológico de salvar vidas, não se observa o desrespeito pela dignidade dos indivíduos, mas retrata possibilidades de tratamento e de cura para inúmeras doenças que acometem o ser humano e que até então não possuem qualquer esperança de cura.

Logo, por mais nobre que seja a finalidade do desenvolvimento das pesquisas com células-tronco embrionárias, é essencial o respeito ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que constituem valores inalienáveis e inerentes a todos os seres humanos (BARRETO; RECKZIEGEL, 2013, p. 217). Por fim, em relação à resposta para seguinte questão: a utilização de embriões humanos para fins terapêuticos é um problema ou solução?, pode-se afirmar que a utilização das células-tronco embrionárias é uma solução para a cura e manutenção de diversas doenças.

Assim, por meio da conscientização da coletividade é possível estabelecer um parâmetro de aceitação desse procedimento, em que a ética e a ciência caminhem na mesma direção em benefício ao próprio ser humano, respeitando e protegendo o direito à vida, à dignidade humana e à integridade física.

## 5 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa buscou-se demonstrar os problemas e as soluções no que se refere à utilização de embriões humanos para a realização de pesquisas clínicas com células-tronco embrionárias com a finalidade de promover a cura e tratamentos para diversas doenças que afetam os seres humanos, isto é, tendo em vista a finalidade terapêutica. Para tanto, analisou-se inicialmente o conceito da vida sob as perspectivas científica e jurídica e, em seguida,

as principais discussões levantadas pela Bioética e o Biodireito na defesa do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A importância da bioética e do biodireito enquanto mecanismos aliados de preservação da vida diante das intervenções tecnológicas é sua área de atuação na busca de entender o que é uma conduta ética, e ao biodireito compete atuar na criação de leis que regulamentem limites à participação do ser humano e à utilização de partes do corpo, e até mesmo do cadáver humano em experiências médicas e científicas que façam uso da tecnologia.

Também, fez-se a análise da Lei de Biossegurança com base na Constituição Federal, preservação do meio ambiente até a utilização dos embriões humanos nas pesquisas com células-tronco, tomando por base a decisão do Supremo Tribunal Federal pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade que previa a ilegalidade do art. 5º da referida Lei (n. 11.105/05) que então lhe conferiu legitimidade.

Ao final, buscou-se demonstrar em que as pesquisas envolvendo células-tronco podem contribuir para fins terapêuticos promovendo o tratamento e até mesmo a cura de inúmeras enfermidades que acometem os seres humanos, visto que as pesquisas com células-tronco não se mostram violadoras do direito à vida e tampouco da dignidade da pessoa humana, pois sua finalidade está em restaurar a saúde do paciente enfermo para que este possa exercer com plenitude todos os seus direitos.

## REFERÊNCIAS

ALHO, Clarice Sampaio. Esclarecendo algumas questões sobre embriões humanos clonados. In: KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. O direito fundamental à vida e a pesquisa de células-tronco com embriões humanos no Brasil. In: CECATTO, Maria Aurea Baroni et al. *Cidadania, Direitos Sociais e Políticas Públicas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo; RECKZIEGEL, Janaína. Dignidade Humana, Experiências Científicas e Direitos Humanos. In: ALEXY, Robert et al. *Níveis de Efetivação Dos Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

BRASIL. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias*. Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SIMPÓSIO DE BIOÉTICA E BIODIREITO, 1., 1997, Londrina. *Anais...* Londrina, 25-27 maio 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. O início da vida segundo o Supremo Tribunal Federal. *Migalhas*, São José do Rio Preto, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI62906,71043-O+inicio+da+vida+segundo+o+Supremo+Tribunal+Federal>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

OLIVEIRA, Simone Bom de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PRANKE, Patricia. A Importância de Discutir o Uso de Células-tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, jul./set. 2004. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252004000300017&script=sci\\_arttext&tln-g=en](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252004000300017&script=sci_arttext&tln-g=en)>. Acesso em: 14 set. 2015.

PRESSE, France. da. Células-tronco conseguem tratar doenças mitocondriais, diz estudo. *G1, Ciências e Saúde*, São Paulo, 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/07/celulas-tronco-conseguem-tratar-doencas-mitocondriais-diz-estudo.html>>. Acesso em: 14 set. 2015.

RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado de. Limites e Abusos de Interpretação do Supremo Tribunal Federal no Caso ADPF 54 (Aborto de Anencéfalos): Análise Crítica a partir de Habermas e Streck. *Revista Pensar*, Fortaleza: Unifor, v. 19, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.unifor.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6512&Itemid=762](http://www.unifor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6512&Itemid=762)>. Acesso em: 19 set. 2015.

ROCHA, Camilla de Amorim Macedo. *Constitucionalidade da Lei de Biossegurança: o julgamento de mérito da ADI nº 3.510 pelo STF analisado sob o prisma da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*. Chapecó, 2014. Disponível em: <<http://camillamacedorochoa.jusbrasil.com.br/artigos/118306056/constitucionalidade-da-lei-de-biosseguranca-o-julgamento-de-merito-da-adi-n-3510-pelo-stf-analisado-sob-o-prisma-da-teoria-liberal-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

# A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elizabete Geremias<sup>1</sup>

**Resumo:** Com a presente pesquisa teve-se por objetivo uma análise do instituto da responsabilidade civil e seus elementos, abrangendo os fatores que deverão ser ponderados quando da fixação (*quantum*) da indenização por danos morais, com a possibilidade de aplicação da teoria do *punitive damages*. O problema da pesquisa encontra-se no sentido de que no Brasil ainda há divergência jurisprudencial e doutrinária quando da possível aplicabilidade da teoria dos danos punitivos dentro da sistemática da reparação civil, com destaque para a discussão entre os sistemas *common law* e *civil law* no que tange à legislação brasileira. No âmbito deste estudo foram analisados os fatores de influência do instituto da responsabilidade civil juntamente com a aplicação da teoria do desestímulo, constatando a aplicabilidade desta como defesa dos direitos fundamentais, em especial a valorização do ser humano. Parte daí a importância da verificação do tema na busca pela efetividade de resguardo do princípio da dignidade humana quando da fixação do valor indenizatório a título de dano moral. A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo, sob o método bibliográfico e dedutivo.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Princípio da dignidade da pessoa humana. Critérios de fixação da indenização por dano moral. Teoria do *punitive damages*.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz por tema o estudo acerca da possibilidade de aplicação da teoria dos danos punitivos quando da fixação do valor indenizatório por dano moral como mecanismo de proteção do princípio da dignidade humana, tratando-se, aqui, do instituto da responsabilidade civil. A pesquisa sobre referida temática justifica-se pela necessidade de trazer o estudo acerca da aplicabilidade da teoria dos danos punitivos diante da existência de discussões atuais a respeito do assunto no nosso ordenamento jurídico, já que ainda se trata de uma teoria recente e tímida, o que causa discussões e debates sobre o tema.

Os *punitive damages*, “teoria do desestímulo” ou “indenização punitiva”, são aqui conceituados como sanções pecuniárias concedidas ao autor da ação como modo de punir o réu: é o acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo no que refere à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e a consequente função social da responsabilidade civil.

O problema da pesquisa encontra-se no sentido de que no Brasil ainda há divergência jurisprudencial e doutrinária em relação a essa possível aplicabilidade dos danos punitivos

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora e pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Porto Alegre, 619/620-D, Centro, 89802-130, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

dentro da sistemática da reparação civil, com destaque para a discussão entre o *common law* e o *civil law* no que tange à legislação brasileira, já que o art. 944 do Código civil destaca que a indenização será auferida por meio da extensão do dano. Como forma de direcionar o trabalho, o objetivo geral com a pesquisa é analisar a aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, com viés protetivo ao princípio da dignidade.

Quanto aos objetivos específicos, primeiramente busca-se analisar a natureza jurídica do instituto da responsabilidade civil e seus elementos; em um segundo momento, procura-se explorar o que seria o princípio da dignidade humana e sua importância na observância quando do arbitramento do valor indenizatório; em um terceiro momento, busca-se expor os critérios utilizados para fixação da indenização por dano moral; e, ao final, visa-se analisar a aplicabilidade dos *punitive damages* no direito brasileiro como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como suporte para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se principalmente a doutrina e a jurisprudência. Logo, e de forma conclusiva, a síntese do que é apresentado se reflete na possibilidade de aplicação da teoria dos danos punitivos quando da fixação do valor indenizatório a título de dano moral, repercutindo, assim, na afirmação da proteção ao Princípio da Dignidade Humana.

## 2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO

É fato que a convivência humana no contexto de sociedade traz por si só conflitos entre seus pares, causando uma desarmonização de cunho social. Logo, sempre que houver qualquer tipo de dano, de ordem material ou moral, haverá a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil. Assim, pode-se caracterizar o referido instituto no caso do cometimento de uma lesão (de ordem material ou moral) causada por uma pessoa e geradora de prejuízos efetivos. Logo, a aplicação da responsabilidade civil subsiste de forma necessária quando falamos no campo da convivência humana, funcionando como um suporte nas relações existentes.

Em relação aos seus elementos, a responsabilidade civil é composta pelo dano, e subdivide-se em dano material, que compreende os danos emergentes e os lucros cessantes, e o dano imaterial, que abrange o dano moral. Ainda, tem-se o nexo causal, que compreende fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e força maior.

Logo, o dano material é o prejuízo de cunho financeiro que compreende o dano emergente e o lucro cessante, e o dano moral é a ofensa ou violação propriamente dita dos elementos que compõem a condição humana, como liberdade, honra, imagem e outros pressupostos, isto é, fazem referência à vida particular do indivíduo.

O nexo de causalidade como elemento relaciona-se com o vínculo entre a conduta ilícita e o dano, ou seja, o dano deve decorrer diretamente da conduta ilícita praticada pelo indivíduo, sendo, pois, consequência única e exclusiva dessa conduta.

Conforme exposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, tem-se o termo “reparação”, ou seja, na ocorrência de um dano, haverá a obrigação do agressor em repará-lo. Essa

transgressão de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico ou de uma cláusula contratual entre as partes pode representar o fato gerador da reparação de danos. Quando ocorre na primeira hipótese, a responsabilidade tem caráter extracontratual ou aquiliana, e na segunda, tem natureza contratual.

Nesse sentido, a responsabilidade civil, em sua acepção mais ampla, poderia ser conceituada como a atribuição das consequências de certa ação ou evento a um determinado sujeito. Portanto, consiste na imputação de um dano a um sujeito determinado, impondo a obrigação de um terceiro, e não ao indivíduo que sofreu o dano, de reparar os prejuízos causados. É o fundamento jurídico da obrigação cuja fonte é o ato ilícito.

A responsabilidade em análise atende a uma necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. A obrigação de indenizar, dela decorrente, visa suprimir a diferença entre a situação do credor, tal qual se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato, isto é, ocorre uma evolução pluridimensional, na medida em que a sua expansão ocorreu quanto à sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência e profundidade ou densidade (DINIZ, 2003).

Atualmente, no Brasil, há dois tipos de responsabilidade: subjetiva e objetiva. No que tange à responsabilidade civil subjetiva, há que se trabalhar os pressupostos: a culpa *lato sensu*, o dano e o nexo causal entre o dano e a atuação do agente. Ou seja, uma vez evidenciada a culpa do agente quanto ao dano, surge para ele a obrigação de reparar o prejuízo. Logo, na responsabilidade subjetiva, a vítima somente poderá receber a indenização se conseguir provar a culpa do ofensor.

No que diz respeito à responsabilidade objetiva, o Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinava somente a responsabilidade civil calçada na culpa, nos moldes em que estava sedimentada no mundo jurídico até o Século XIX. Somente com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro de 2002, embora tenha mantido como regra a responsabilidade fundada na culpa, houve modificações que refletem a evolução dessa área, provada pelas mudanças supramencionadas, como introduzir a responsabilidade objetiva no art. 927 com fundamento na teoria do risco (SOUZA, 2010). Aqui, a lei impõe, entretanto, a algumas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porquanto prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria objetiva também é conhecida por teoria do risco, pois tem postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2005).

A teoria da responsabilidade objetiva ou doutrina do risco, que prescinde de prova da culpa, revelou-se cada vez mais apropriada para resolver os casos em que a aplicação da teoria tradicional da culpa se revelara insuficiente (BRANDÃO, 2009, p. 216).

Nesse viés, quanto à diferenciação entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, a principal distinção está na acepção de que a vítima deve provar que o agente causador do dano agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso, caracterizando a responsabilidade subjetiva. Evidentemente, na responsabilidade objetiva basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem a necessidade de se provar o elemento subjetivo da

culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito (SILVA, 2010), o que não ocorre na responsabilidade subjetiva.

Logo, quando falamos da aplicação da responsabilidade civil, temos o Estado buscando a pacificação dos conflitos, e isso ocorre dentro do campo material, com a aplicabilidade do instituto referido, quando o próprio Estado traz o restabelecimento de regras para a responsabilização na violação de um bem jurídico. A responsabilidade jurídica consiste, então, na tomada das consequências estabelecidas pelo nosso ordenamento pátrio, respondendo à determinada conduta ilícita.

Logo, o instituto da responsabilidade civil é um instrumento muito importante nas relações sociais, eis que busca dar suporte aos cidadãos de terem seus direitos respeitados, obrigando qualquer um que infringir esses direitos a pagar uma indenização merecedora. Assim, tal instituto busca compor as relações existentes na sociedade, dando segurança jurídica com a proteção dos direitos inerentes de cada ser humano.

### **3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA**

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República brasileira e está configurada como cláusula pétrea da Constituição Federal, conforme artigos 1º, III, e 170 da Carta Magna, que deixam claro que o objetivo do legislador é sujeitar a atividade econômica à observância dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 é um dos marcos quando se traça um período dentro da história político-jurídica do País no que tange à democracia brasileira, trazendo como um dos princípios fundantes o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, todas as pessoas possuem diferenças físicas, além daquelas relacionadas aos contextos biológico, histórico, cultural, entre outros, nenhum ser humano é igual ao outro, mas todos possuem o direito ao mesmo respeito e tratamento (COMPARATO, 2008).

A dignidade da pessoa humana está elencada no rol de direitos fundamentais, configurando, assim, condição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o alicerce principal de sua estrutura. Assim, essa dignidade constitui categoria jurídica fundamental revestida de normatividade, garantidora da plena eficácia atual na vida da população brasileira (GOLDSCHMIDT, 2009).

Nesse viés, a dignidade é uma característica intrínseca e inerente ao homem, que o define como tal, pois é essa condição humana que, independentemente de qualquer particularidade, torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados por todos, em especial pelo Estado. Essa dignidade humana se manifesta pela própria habilidade que o ser humano possui como ser racional e autodeterminante (KANT, 2007).

No mesmo sentido, pode-se dizer que a dignidade constitui qualidade intrínseca do ser humano, não podendo deste ser destacada. É, portanto, irrenunciável e inalienável. Seria como um valor absoluto, não podendo ser substituído, mas podendo em alguns casos ser relativizado. Como a dignidade é inerente a qualquer pessoa, até uma pessoa quando comete um delito deve

ter preservada a sua dignidade. Ou seja, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana em seu sentido mais simplista, já que se faz necessário também considerar a dignidade em uma dimensão comunitária, social, e por também estarem inseridos em uma comunidade, há de serem reconhecidos os valores consagrados por esta (SARLET, 2005).

Logo, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. Trata-se de um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção ao ser humano de atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável – sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral.

#### **4 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, admitiu-se de forma expressa a compensação dos danos extrapatrimoniais, o que resultou na reparabilidade do dano puramente moral. Nessa situação, aplica-se o art. 5º, incisos V e X da Carta Magna antes de ser regulamentado pelo instituto da responsabilidade civil, trazendo um condão puramente constitucional, visto que a lesão praticada fere diretamente os direitos à honra, à vida privada, à imagem, entre outros, um patrimônio personalíssimo, criado e regulamentado pela Constituição Federal.

O dano moral, segundo construção doutrinária e jurisprudencial dominante, é uma espécie de lesão extrapatrimonial, sem valor econômico, que atinge as características intrínsecas do sujeito, aquelas que constituem os direitos personalíssimos, iluminados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É lesão de bem integrante da personalidade, como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento e humilhação à vítima (CAVALIERI FILHO, 2007). Assim, a reparação do dano é uma determinação que caracteriza a responsabilidade civil.

Em relação ao quantum debateur, deve-se ressaltar que o atual Código Civil, ao disciplinar a quantificação da reparação do dano, dispõe em seu art. 944, parágrafo único, verdadeira norma principiológica ao prescrever que a indenização é medida pela extensão do dano, podendo o juiz fazer uso da equidade se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, regra também contida no art. 953 do mesmo diploma legal.

Ou seja, sempre que o caso concreto se referir a dano da personalidade e, portanto, não patrimonial, não há regra jurídica que discipline a quantificação de indenização de modo tarifário, como é feito nos casos de danos patrimoniais em que se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante.

Desse modo, incumbe ao juiz a fixação da indenização por danos morais, tarefa para a qual se deve considerar a influência dos avanços sociais e a centralidade do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, já que a legislação vigente

não aplica o sistema tarifado, mas um sistema aberto quando da fixação da indenização pelo dano moral sofrido, conforme súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

É a partir desse raciocínio que resulta inexorável a premissa segundo a qual a indenização deve ser fixada em montante capaz de produzir no ofendido uma sensação contrária à dor, à angústia e à tristeza e que de certa forma lhe traga alguma alegria de viver e algum conforto material, mas o arbitramento deverá se aproximar do que seja prudente e equitativo.

A vítima de uma lesão sem cunho patrimonial efetivo, porém, tendo sido violado seu bem jurídico, que é mais valioso que a integridade física, conseqüentemente influenciando a sua condição de vida, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso e considerando as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ASSIS, 2001).

Dessa forma, o juiz deve se apoiar em parâmetros relevantes de decisão, quais sejam:

- a) o nível econômico do ofendido;
- b) o porte econômico do ofensor;
- c) a gravidade da ofensa (lesão);
- d) o grau de culpa (leve, grave ou gravíssima);
- e) o bem jurídico tutelado (integridade física);
- f) a extensão e duração objetiva dos efeitos da ofensa;
- g) a possibilidade de superação física e psicológica da ofensa (possível, no caso);
- h) a inexistência de retratação pela lesão;
- i) efetivo esforço tendente a minimizar a ofensa ou a lesão;
- j) que a reparação civil não pode compreender apenas a reparação à vítima, mas igualmente que comporte um caráter pedagógico pela punição, que deve servir de exemplo para evitar que o ato culposos não torne a suceder.

Logo, o juiz no momento da fixação da indenização deverá analisar as circunstâncias de cada caso, decidindo com moderação e fundamentação (DINIZ, 2012).

A essência da responsabilidade civil é justamente a recomposição do patrimônio jurídico lesado a outrem. A expressão exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

## **5 A APLICABILIDADE DA TEORIA *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Estado deve estar comprometido com as transformações de cunho social e com a efetivação de direitos fundamentais. Dentro dessa máxima, a teoria do desestímulo, ou *punitive damages*, vem ganhando espaço no nosso ordenamento jurídico, conforme se verifica inclusive

no Projeto de Lei n. 276/2007, que tem como objetivo a mudança do art. 944 do Código Civil Brasileiro, trazendo a ideia de que a reparação civil existiria também para desestimular o praticante. No mesmo sentido, verifica-se o Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, que dita: “não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.” (Art. 944, caput, CC/02).

A teoria do *punitive damages* é o ponto fundamental do presente trabalho, pois foi por intermédio dessa teoria que começou a aplicação do “aspecto punitivo” quando da fixação da indenização por dano moral. Essa teoria faz referência à ideia de reparação quando se trata do pedido de dano moral. Com isso, a indenização não deve possuir apenas um caráter indenizatório, mas também um caráter punitivo, ou seja, elevar o valor a título de indenização para que haja punição na conduta do ofensor no intuito de desestimulá-lo no que se refere à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e a consequente função social da responsabilidade civil.

De acordo com Rosenvald (2014), não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. O instituto da responsabilidade civil deve trazer uma função de instrumento no controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, seja em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais, já que o lesado quer obter um ressarcimento de seu dano individual e não somente a remoção das condições que provocaram aquele dano individual. Em outros dizeres, a ocorrência do dano já houve, então a indenização terá um caráter meramente sucessivo, ou seja, haverá unicamente o restabelecimento do *status quo ante*. Por isso, há de ser tomadas medidas preventivas, apresentando, assim, um caráter preventivo, com o objetivo de trazer a inibição de condutas lesivas semelhantes, e um caráter punitivo, voltado a penalizar o agente que, agindo de modo temerário, lesa direitos alheios.

Hoje, dentro do nosso sistema atual, quando falamos desse caráter indenizatório, temos tão somente o ressarcimento e a compensação, o que vem sofrendo uma mudança ainda tímida na doutrina e na jurisprudência, a fim de trazer a aplicação da teoria do *punitive damages*. A corrente que não concorda com a teoria aqui levantada se baseia no sentido de que a teoria do *punitive damages* não encontra amparo legal no nosso ordenamento jurídico e que o nosso País adota o sistema *civil law*.<sup>2</sup>

No mesmo sentido, Schreiber (2012, p. 20) discorre que o instituto não encontra previsão expressa no direito brasileiro.

Em nossa tradição a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um “duplo caráter” da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano sofrido, e (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. Diversos, autores sustentam, nessa

<sup>2</sup> A teoria do *punitive damages* é típica dos países que adotam o sistema da *common law*.

direção, que a “indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”.

Outros doutrinadores diferem, de modo mais velado, a uma função “pedagógica” ou dissuasiva, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia declaradamente superior ao dano moral sofrido.

Dentro dessa temática, não há como se aprofundar no tema de estudo aqui proposto sem mencionar a existência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, III da Constituição Federal; assim, imperioso trazer à baila a contribuição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor ético básico do ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir, conseqüentemente, a devida defesa às violações de cunho pessoal extrapatrimoniais. De acordo com Schreiber (2013, p. 90), o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A dignidade humana, com o valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, discutida no campo do dano extrapatrimonial.

A intimidade, a honra da pessoa, tem proteção na Carta Magna, e sua violação é vedada; se houver tal violação, viabiliza-se à vítima justa reparação. Portanto, a partir do momento em que o cidadão busca a reparação no que tange ao dano moral, deve o julgador trazer a aplicabilidade do caráter punitivo, já que a não observância deste acarreta prejuízos não somente às vítimas, mas a toda coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, considerando a proteção dos direitos fundamentais e as garantias constitucionais dos cidadãos, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado esse instituto promove a prevenção, restabelecendo o equilíbrio social. Assim, hoje se buscam alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil no sentido de tentar trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual, e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitivas que a sanção civil deve ter é que se traz a aplicabilidade dos danos punitivos.

No que diz respeito à indenização, seu objetivo, além de compensar um sofrimento causado à pessoa, é, também, desestimular a ocorrência de práticas da mesma natureza (teoria do desestímulo – *punitive damages*), buscando, assim, uma proteção ao princípio da dignidade humana, além de um equilíbrio nas relações sociais. Por fim, os tribunais brasileiros começaram, ainda que timidamente, relativamente ao arbitramento do *quantum* indenizatório, utilizarem o modelo constante nos países da *comonn law*. Logo, é de suma importância traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo com função indutora ou inibidora de comportamentos antissociais, regra pétrea que deve ser trazida como essência da responsabilidade civil.

## 6 CONCLUSÃO

Sabemos que os princípios são basilares quando se trata da estrutura do nosso sistema jurídico. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema im-

portância, pois ele indica que estamos inseridos dentro do que seria um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tal princípio deve ser resguardado em todas as relações jurídicas, já que um dos seus objetivos é trazer uma efetividade no que se refere aos direitos fundamentais, incluindo também os direitos sociais. Logo, somente com a observância do princípio da dignidade humana é que teremos uma sociedade igualitária, elastecendo essa proteção a todos os seres humanos, em busca de uma efetiva justiça social igualitária. A dignidade da pessoa humana apenas será respeitada quando forem respeitados e realizados os direitos fundamentais.

Hoje, no que tange ao sistema de reparação do dano moral, busca-se trazer a teoria dos danos punitivos, ou seja, o julgador, ao arbitrar um valor a título de dano moral, deveria trazer esse caráter punitivo, ou seja, com intuito de punir e ensinar o agressor para que não cometa novamente determinado ato ilícito. Assim, a não observância desse caráter punitivo traz prejuízos não somente às vítimas, mas a toda sociedade, à coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, considerando-se a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do ser humano e visando à proteção da dignidade humana, bem como a inibição de danos futuros; eis que além de acalmar a dor do lesionado, esse instituto promove a prevenção, restabelecendo, assim, o equilíbrio nas relações humanas.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Indenização por dano moral. *Revista Jurídica*, v. 236, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2012/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2012/110406.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 1190. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

# A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF

Lucas Baldo<sup>1</sup>

Elizabete Geremias<sup>2</sup>

**Resumo:** No presente artigo teve-se o escopo de incrementar a discussão sobre o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a partir do HC n. 126.292 julgado pelo plenário no dia 17 de fevereiro de 2016, que autoriza o cumprimento da pena logo após a condenação da Segunda Instância. Tal entendimento que vem sendo adotado por grande maioria dos Tribunais é no mínimo problemático, ao passo que para muitos juristas, e até mesmo magistrados, a execução da pena antes do trânsito em julgado fere o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Neste estudo analisa-se o posicionamento de alguns dos principais doutrinadores do País, bem como a jurisprudência dominante nos tribunais acerca da temática proposta.

**Palavras-chave:** Prisão após decisão de segundo grau. Princípio da Presunção de Inocência. Relativização. Supremo Tribunal Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 17 de fevereiro de 2016, a mais alta Corte do Judiciário brasileiro decidiu por maioria dos votos – sete a favor e quatro contra –, ao julgar o HC n. 126.292/SP, autorizar o imediato cumprimento da pena, após esgotadas as possibilidades de recurso na segunda instância, independentemente de a ação penal ter transitado em julgado.

Tal posicionamento gerou grandes impactos no âmbito do Direito, uma vez que a decisão para muitos abala e desrespeita um importante princípio constitucional disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, o Princípio da Presunção de Inocência, em “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

De outro norte, os apoiadores entendem ser perfeitamente cabível tal medida, ao passo que os recursos interpostos nos Tribunais Superiores para a reanálise do mérito tinham exclusivamente o intuito de procrastinar a execução da pena privativa de liberdade.

Assim, no presente estudo visa-se analisar uma possível violação a um preceito consolidado e frequentemente usado nas decisões judiciais que, por ora, foi olvidado.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; lucas\_baldo@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito fundamentais sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho Universidade Castelo Branco; Professora e pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção da Inocência está disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Tal preceito é absorvido do direito constitucional e aplicado no âmbito do direito penal para proteger o sentimento de culpabilidade de um acusado até que, por meio de um devido processo legal, confirme-se a sua conduta. Importante ressaltar que a posição de não culpabilidade acompanha o réu tão logo se inicie ação penal até o *decisum* final.

Nas lições de Nucci (2015, p. 4), “também conhecido como estado de inocência significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.” Assim, não há que se falar que o acusado pode ser considerado culpado antes de a sentença condenatória ter trânsito em julgado. Exceto em casos que ocorra a prisão em flagrante, por ter a comprovação inequívoca da consumação do delito e provas extremamente convincentes.

A presunção de inocência está embasada no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, com o simples objetivo de que ninguém pode impor pena, multa ou sanção por tão somente a parte estar sendo acusada de cometer um possível delito. Rapidamente, esse princípio se expandiu pelo mundo, ao passo que foi adotado pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens da Organização das Nações Unidas (ONU) na Convenção do Conselho da Europa.

No âmbito nacional, a presunção, até a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, estava disposta apenas de forma implícita, contemplando o devido processo legal, ao passo que com a vigência da atual Constituição, conforme já mencionado, foi explicitada no artigo 5º, inciso LVII. Nesse sentido, o ilustre Ministro Celso de Mello explica que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.” (SÃO PAULO, 2016).

Esse preceito tem o escopo de proteger os cidadãos de uma possível condenação precoce, baseado apenas em suposições. Corrobora tal pensamento Lopes Júnior (2014), mencionando que o princípio é resultado de uma formação protetora do indivíduo, ainda que em hipótese remota alguns acusados sejam inocentados, mas que, com base no Texto Constitucional, o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

#### 2.1.1 A relativização da inocência com o novo posicionamento do STF

A posição adotada pelo Plenário da Corte, quando da deliberação do Habeas Corpus n. 126.292/SP, causou certa polêmica no âmbito do direito, pois se nem os Ministros foram unâni-

mes em decidir a matéria, os juristas também se viram divididos entre um importante Princípio Constitucional contra o fim da protelação da execução da pena.

Ao levar esse julgamento para o Plenário, o Relator do Habeas Corpus, Ministro Teori Zavascki, entendeu como de grande valia a deliberação de seus colegas sobre a concessão ou não da liminar de soltura do paciente do remédio constitucional que outrora foi condenado por crime de roubo majorado (artigo 157, 2º, I e II do CP). Nesse contexto, necessário se faz explanar uma breve síntese do processo que ora está em debate, sob pena de não se concluir o raciocínio de forma correta.

O paciente foi condenado na origem pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade. Irresignado com a condenação, apresentou recurso ao TJ/SP, o qual não acolheu seu apelo e, conseqüentemente, determinou a prisão do réu (autos n. 0009715-92.2010.8.26.0268/TJSP). Ato contínuo, sua defesa impetrou HC registrado sob o n. 313.021 com o Superior Tribunal de Justiça, e este, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu a liminar pleiteada, ocasionando um novo recurso ao STF – Habeas Corpus n. 126.292/SP –, que por ora é estudado.

Inaugurando os trabalhos do Plenário, o Relator Teori Zavascki, – aqui, em simples palavras – reconheceu que a execução provisória da pena não lesa a presunção de inocência, uma vez que tal preceito deve ser integralmente aplicado no juízo *a quo*, antes/durante o Togado sentenciar. Após, se interposta uma apelação criminal ao juízo *ad quem*, cabe ao Tribunal de Justiça reanalisar o mérito e conseqüentemente confirmar ou não a culpabilidade do acusado – esgotando-se aqui a presunção de inocência –, de modo que eventuais recursos extraordinários não adentrariam no reexame da matéria. Assim, o Relator votou pela rejeição do HC e revogou a liminar concedida em juízo superficial para suspender a prisão do paciente.

Subsidiariamente, os Ministros Dias Tóffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin e Luis Barroso acompanharam o voto do Relator, e Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski se posicionaram contrários ao entendimento adotado por Zavascki, sob o argumento de que tal *decisum* fere um importante princípio constitucional, não sendo verdadeiramente correto olvidar ou dar uma nova interpretação ao Texto Constitucional.

Por conseguinte, tem-se que houve a mitigação do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, visto que este passou a ser interpretado de forma relativizada após o novo julgamento. Nessa esteira, tem-se como exemplo: se cada um dos preceitos frequentemente invocados no âmbito do direito fosse observado apenas sob o vértice que lhe convém, deixando de analisar o caso como um todo, certamente haveria um tumulto processual.

É de bom alvitre destacar que a imensa maioria dos tribunais brasileiros, que antes reconhecia a possibilidade de o réu recorrer em liberdade até a decisão final, retificou cruelmente a sua jurisprudência, adotando a nova orientação fixada pelo STF. Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados:

Assim, fica comprovado o prejuízo a um direito e garantia fundamental. Ademais, o Doutrinador (OLIVEIRA, 2016) corrobora que o julgamento do Supremo Tribunal Federal modifi-

cou radicalmente a posição e o entendimento do estado de inocência, pois ao desconsiderar a exigência do trânsito em julgado promove um significado totalmente divergente e desconhecido do que consta na legislação em vigor.

Conforme relatado anteriormente, ao referendar o início da execução da pena sem o trânsito em julgado, os Ministros da Corte brasileira causaram certo alvoroço, principalmente para os que defendem ferrenhamente o conteúdo disposto na Carta Magna. Ora, como podem os nobres julgadores ignorarem um dispositivo tão importante que não deixa dúvidas quanto à sua aplicação e retrata inteiramente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?

Nesse sentido, tal posicionamento pode, sim, ultrapassar os limites da estranheza e alcançar uma enorme insegurança jurídica no sistema penal brasileiro. Isso porque, após o acusado dar início ao cumprimento da pena, existem outras instâncias superiores que poderão reanalisar a sua culpabilidade e até mesmo o revelar inocente. Morais, conselheiro estadual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), indica que “ao se admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença podemos incorrer no cerceamento de liberdade de pessoas que depois poderão ter sua inocência reconhecida.” (MARTINES, 2016).

Não obstante, em seu voto quando da discussão no Plenário, o Ministro Marco Aurélio compartilha do pensamento de que o *decisum* afronta o Princípio Constitucional, já que a perda da liberdade provisória, se ordenada na segunda instância, não seria devolvida ao acusado que fosse declarado inocente posteriormente. Isto é, seria colocada atrás das grades um cidadão sem a convicção perfeita de sua culpabilidade.

De mais a mais, o constituinte originário, quando da formulação da CF/88, deixou clara a expressão “transitado em julgado”. Desse modo, perfeitamente frisado pela ilustre Ministra Rosa Weber, não há margem para interpretação diversa do Texto Constitucional:

Se a Constituição, no seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa das premissas que embasaram os votos da divergência. (SÃO PAULO, 2016).

Assim, a menos que se revogue o inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, os Ministros optaram por uma decisão que vai de encontro à situação jurídica de inocência. Era esperado que os julgadores que se posicionaram a favor da antecipação da pena pelo menos apresentassem alguma justificativa consistente e plausível para ignorar o artigo supramencionado, o que não foi constatado durante a apresentação de seus votos.

Nesse sentido, como a opinião da mais alta Corte do Judiciário é respeitadíssima, *vários dos Tribunais estão adotando* o posicionamento firmado no último ano pelo STF, como é o caso da Corte catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS, POR MEIO DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES QUE ATENDERAM À OCORRÊNCIA. CRIME DE MERA CONDUTA QUE INDEPENDE DA EXISTÊNCIA DE EFETIVO DANO PARA A SOCIEDADE.

DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. SÚPLICA DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SURSIS QUE SOMENTE PODE SER APLICADO EM CASOS DE NÃO CABIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. *POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA, DE ACORDO COM A NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.* (TJSC, Apelação Criminal n. 0002398-23.2012.8.24.0076, de Turvo, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 04-04-2017).<sup>3</sup>

Assim, é clarividente a lesão ao preceito constitucional no atual entendimento adotado pela Suprema Corte e recebido pelos demais tribunais ao decidir não somente que o denunciado é o culpado pelo delito, mas, sim, que o ordene à imediata execução da pena, sem ter a certeza cristalina de sua culpabilidade e com possibilidade de ser declarado inocente na instância superior.

## 2.2 ARGUMENTOS INVOCADOS PELOS DEFENSORES DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA

De outro norte, a fim de trazer os dois lados da discussão, faz-se necessário mencionar as teses defendidas pelos julgadores que se posicionaram a favor da prisão, após o acórdão de segundo grau. Como já informado, os Ministros Dias Tóffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin e Luis Barroso, além do Relator Teori Zavascki saíram vencedores do Plenário e firmaram o novo entendimento.

*Ab initio*, deve-se fazer a diferenciação da modalidade de recursos cabíveis na esfera penal, de modo que o debate e a fundamentação dos Juízes estão em torno desse importante instrumento processual. No direito penal brasileiro existem duas categorias de recursos, que podem ser de fundamentação livre ou de fundamentação vinculada.

Os recursos de fundamentação livre são aqueles que não necessitam de uma norma legal/constitucional para serem invocados. São considerados a regra, enquanto a outra categoria se coloca como exceção. Nos dizeres de Lima (2016), “o recorrente tem liberdade no tocante às matérias a serem alegadas em sua fundamentação. Podem ser abordados aspectos relativos à matéria de fato e de direito, sendo que a lei não impõe qualquer tipo de restrição.”

Nesse pensamento, aquele que se sente derrotado com a sentença de origem tem a prerrogativa de submeter o seu processo à reanálise de um órgão julgador hierarquicamente superior, discutindo qualquer tipo de matéria invocada pelo recorrente, inclusive aquelas de interesse subjetivo. A apelação é o melhor exemplo de recurso que se amolda a essa categoria.

Já nos recursos de fundamentação vinculada, conforme lição de Lopes Júnior (2014), a própria lei delimita a matéria a ser impugnada e, conseqüentemente, seus fundamentos. O re-

<sup>3</sup> No mesmo sentido: TJSC, Habeas Corpus n. 4000539-93.2016.8.24.0000, de Joinville, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 29-03-2016; e TJRS, Apelação Crime n. 70071815609, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/04/2017.

corrente não detém a prerrogativa de apontar qualquer matéria, estando vinculado às matérias expressamente previstas na lei ou na Constituição.

Diferentemente do recurso com fundamentação livre, essa categoria não visa proteger direitos individuais e subjetivos, mas, sim, um mandamento com efeito para toda a coletividade, ou então que vá ao encontro de uma lei federal. Os maiores exemplos já consagrados dessa classe são os recursos extraordinários e o recurso especial interpostos nos Tribunais Superiores, além de embargos infringentes.

O Supremo Tribunal Federal, bem com o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento quanto a essas espécies de recursos, tanto é que editaram súmulas nessa questão: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (Súmula n. 279 do STF). Na mesma linha, a súmula n. 7 do STJ diz que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Importante destacar que apesar de os recursos interpostos após a segunda instância não terem reanalisado o mérito e, por consequência, a culpabilidade do agente – todos os Ministros vencedores invocaram tal argumento –, nada impede os Tribunais Superiores de identificar uma nulidade absoluta no julgamento e solicitarem que os autos sejam remetidos à origem para um novo julgamento. Assim, não é porque os recursos extraordinários não possuem o condão de reexaminar o mérito que pode ser violada a presunção de inocência, já que este claramente se refere ao “trânsito em julgado”. Esse também é o entendimento corroborado pelo Professor Lopes Júnior (2016).

De mais a mais, argumenta-se que tal posicionamento do STF coibiria a protelação dos processos, pois os réus, principalmente os que possuem condições financeiras privilegiadas, interpõem recursos com o intuito de adiar o início do cumprimento da pena. Todavia, razão não assiste aos defensores desse pensamento. Ora, a morosidade do Poder Judiciário não pode de maneira alguma prevalecer em desfavor do réu.

Ainda que nosso sistema esteja abarrotado de processos desnecessários, o princípio do duplo grau de jurisdição está implicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, o que também não pode ser olvidado pelos nobres julgadores.

### 3 CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, observa-se que o atual posicionamento adotado pelo STF não respeita o princípio explícito na Carta Magna sobre a presunção de inocência ao determinar o cumprimento de pena sem a certeza da culpabilidade do denunciado e com a possibilidade de reversibilidade da decisão em novo julgamento.

Os argumentos explicitados convergem para o pensamento de que somente mediante autorização legal um dispositivo da Constituição pode ser descumprido – como se verifica na quebra do sigilo das comunicações telefônicas –, o que não ocorre no caso do Preceito Constitucional da Presunção de Inocência, uma vez que não existe hipótese alguma de se presumir

culpado antes do julgamento diante do devido processo legal, senão em flagrante delito, eis que é um direito absoluto.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*, 04 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- MARTINES, Fernando. Moro aplaude e Lenio lamenta: veja repercussão sobre decisão do Supremo. *Consultor Jurídico*, 06 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/moro-aplaude-lenio-lamenta-veja-repercussao-decisao-stf>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- NUCCI, Guilherme Souza. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SÃO PAULO (Estado). Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 15 dez. 2015. JusBrasil, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 maio 2017.



# DANO EXISTENCIAL E SEUS REFLEXOS NA VIDA DO TRABALHADOR

Andreia Kawamura Luchetta<sup>1</sup>

**Resumo:** No presente artigo teve-se como objetivo analisar o reflexo do dano existencial, espécie de dano imaterial, na vida daqueles trabalhadores que têm os seus direitos juridicamente lesados pela conduta de empregadores, com prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Em um segundo momento, fazer uma análise das sentenças proferidas em primeiro grau no Tribunal Regional do Trabalho da 12<sup>a</sup> Região (Santa Catarina) com o objetivo de verificar a realidade regional. Esse dano ocorre quando a prestação excessiva de horas extras, a realização de constantes viagens e a ausência de intervalos, descansos e férias provocam alteração substancial nas relações familiares, sociais e afetivas do trabalhador, violando o princípio basilar da Carta Constitucional: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF).

**Palavras-chave:** Dano existencial. Dano à vida de relações. Dano ao projeto de vida. Direito do trabalho. Dignidade da Pessoa Humana. Violação dos direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho, no panorama econômico e social no qual vivemos, está voltado à maximização dos resultados, e o ser humano, para alguns empregadores, tem sido considerado como mero instrumento para a economia e as finanças, ficando o aspecto humano cada vez mais esquecido em prol dos lucros, ferindo o próprio ser em sua dignidade e existência. Decorrente desse cenário, o Direito do Trabalho vem tentando se adaptar e restabelecer o equilíbrio entre a precarização do trabalho e os direitos dos trabalhadores violados, para reparar os danos causados pela conduta de empregadores com prejuízos biológicos, sociais e econômicos. É nesse contexto que se fala em indenização por dano existencial.

Esse novo olhar aos danos imateriais é originário do direito italiano e despertou gradativamente o interesse da doutrina e da jurisprudência brasileiras. No Brasil, esse instituto caminhava para o seu conhecimento na década de 1970, por meio de Pontes de Miranda, o qual expressou uma das primeiras definições sobre o tema, dizendo que o dano *à normalidade da vida de relação é dano não patrimonial, sendo plenamente admissível a indenização fixada a tal título*.

Entre os institutos do direito trabalhista, destinado a proteger e viabilizar a busca por um equilíbrio entre vida e trabalho estão os chamados períodos de descanso, como o repouso semanal e as férias. Assim, por intermédio da CLT e da Constituição Federal, com os direitos fundamentais dispostos no art. 6º, são garantidos aos trabalhadores períodos de descanso, bem como é coibido o trabalho com jornada superior a duas horas extras diárias, salvo exceções do art. 59 da CLT, para que o trabalhador possa se recompor física e psicologicamente.

---

<sup>1</sup> Graduada em Administração – ênfase em Gestão de Pessoas – pela Universidade Católica de Brasília; graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; andreia1kl@hotmail.com

## 2 DANO EXISTENCIAL

Em artigo publicado sob o título *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*, de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, os autores afirmam que o dano existencial no Direito do Trabalho decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade, ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, os quais serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Ocorre esse tipo de dano à existência do trabalhador quando o empregador impõe a ele que ele trabalhe em jornadas extenuantes, constantes e muitas vezes exaustivas, incidindo em desrespeito aos princípios basilares do ordenamento jurídico, como o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho (CF, art. 1º, III e IV). Para corroborar com esse entendimento, assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADAS EXTENUANTES. A submissão do trabalhador ao cumprimento de jornadas superiores a treze horas, em seis dias por semana, durante todo o período contratual, é conduta ilícita que leva à privação do desenvolvimento de atividades de lazer e convívio social, dando ensejo ao pagamento de indenização por dano existencial, a qual é devida quando há lesão a direitos personalíssimos da vítima, ligados ao seu projeto de vida. Recurso parcialmente provido. (TRT da 4ª Região, 1a. Turma, 0000713-72.2011.5.04.0027 RO, em 09/10/2013, Rel. Desembargadora Ana Luiza).

Para Boucinhas Filho e Alvarenga (2017), esse tipo de dano é composto por dois elementos: a usurpação do projeto de vida e a da vida de relações. A existência de uma pessoa consiste na valorização das atividades que ela realiza, considerando que ela é capaz de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, dessa forma, todas as faculdades físicas e psíquicas. Assim, o bem-estar e a qualidade de vida são a exteriorização da personalidade de cada indivíduo, que representa as suas ações destinadas a atingir a felicidade, a realização e a busca pela razão da sua existência. A previsão legal dessa reparação no Brasil está nos dispositivos constitucionais relacionados aos danos extrapatrimoniais (CF/88, arts. 1º, III, e 5º, V e X).

Além da previsão Constitucional, no Código Civil encontramos a autorização da reparação do dano existencial nos mesmos permissivos que autorizam a reparabilidade do dano moral: art. 12, caput:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei; art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; art. 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. art. 949: No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. (BRASIL, 2002).

## 2.1 DANO EXISTENCIAL E DANO MORAL: DIFERENÇAS

Embora sejam do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos; não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no que se refere à sua personalidade. Envolve um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago, desencadeando sofrimento e angústia. Para Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores mais íntimos do indivíduo inerentes à sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica e a saúde.

Já o dano existencial vem sendo doutrinariamente definido como aquele que inviabiliza a realização dos projetos de vida da pessoa. No caso das relações de trabalho, seria, basicamente, a conduta patronal que retira do empregado a possibilidade de desfrutar de opções de lazer e descanso em razão do tempo destinado ao trabalho (o que geraria um “vazio existencial”), impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social.

Para Soares (2009, p. 44), a distinção entre dano existencial e dano moral reside no fato de este ser essencialmente um sentir, e aquele um não mais poder fazer, um dever agir de outra forma, um relacionar-se diversamente, em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa. Nesse sentido, enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira muitas vezes simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial geralmente se manifesta e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano a qual somente o tempo é capaz de caracterizar.

Percebe-se que a distinção entre esses dois institutos é que o dano moral tem repercussão íntima e a sua dimensão é subjetiva e não exige prova, ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva, ou seja, é necessária a comprovação de três elementos: ação/omissão, dano e nexos causal. Entretanto, em se tratando de institutos distintos, poderá haver a cumulação de pedidos, desde que provenientes do mesmo fato.

## 2.2 DANO EXISTENCIAL E A PERDA DE UMA CHANCE: DIFERENÇAS

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável a partir da probabilidade de êxito na pretensão que foi frustrada, e naquele o que deixou de existir foi o direito de exercer determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à sua existência que não pode ser quantificada, apenas arbitrada. Entretanto, como no dano moral, as duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas.

A indenização por perda de uma chance tampouco pode ser confundida com uma indenização de natureza exclusivamente moral, embora seja possível que ela também gere um dano nesse sentido. A perda de uma oportunidade concreta prejudica o próprio patrimônio da vítima e não apenas os seus atributos da personalidade. É possível afirmar que a perda de uma chance se situa em uma zona intermediária entre o dano patrimonial, facilmente mensurável, e

o extrapatrimonial, que precisa ser arbitrado por atingir bens não comercializáveis. Embora a oportunidade perdida não possua valor econômico constatável, é possível chegar ao seu valor a partir do que seria auferido se a chance não houvesse sido prejudicada por outrem e o objetivo fosse alcançado.

### **3 DANO EXISTENCIAL E SEUS REFLEXOS NA VIDA DO TRABALHADOR**

Os reflexos do dano existencial irradiam-se em várias esferas, limitando o trabalhador na busca de seu desenvolvimento e consequente contribuição para toda a sociedade nos mais diversos aspectos. Nesse sentido, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Hugo Carlos Scheuermann, na ação TST-RR-727-76.2011.5.24.0002, explica que esse dano frustra o trabalhador por não realizar o seu projeto de vida e prejudicar as relações sociais e familiares justamente por ter privado o seu direito de descanso.

Em consequência, é possível perceber o prejuízo do trabalhador quando lhe é exigida a realização de horas extras superiores ao determinado legalmente, bem como quando é exigido que continue a trabalhar mesmo durante seus períodos de descanso, ainda que longe da empresa, em razão do acúmulo de atividades. Assim, como exposto anteriormente, quando esses períodos de descanso não são respeitados, mesmo quando o trabalhador tem tempo livre está esgotado de tal modo que não encontra forças para desfrutá-lo.

Recorrendo novamente a Boucinhas Filho e Alvarenga (2017), o dano existencial obsta a efetiva integração do trabalhador à sociedade, impedindo-o de se desenvolver enquanto ser humano, pois a efetiva utilização das suas potencialidades somente seria possível com a fruição de todas as esferas de sua vida: afetiva, cultural, esportiva, recreativa, social, profissional, entre outras. E é por meio do direito ao lazer que o trabalhador adquire o direito de se desconectar da pressão diária do trabalho, bem de recompor a sua energia.

Ao trabalhar por exaustivas horas, esse impedimento para o descanso interfere diretamente no estado de ânimo do trabalhador e, conseqüentemente, afeta a sua vida particular e reduz suas chances de desenvolvimento no trabalho, o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial, pois fica sem motivação para uma produção mais eficaz no trabalho e está mais suscetível a acidentes de trabalho.

Além de acidentes de trabalho, a exaustão será responsável pelo aparecimento de doenças do trabalho, que poderão colocar em risco a sua saúde física e mental. Quanto maior a agressão à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, maior também será a agressão ao seu sistema imunológico, ficando este cada vez mais vulnerável também a doenças profissionais. O direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores no ambiente de trabalho e visa promover a sua integridade durante o desenvolvimento da sua atividade profissional, de modo que o trabalho possa ser executado de forma saudável e

equilibrada e que o trabalhador possa terminá-lo em plenas condições para desenvolver outras atividades.

Nesse sentido, o dano à existência do trabalhador acarreta uma violação aos direitos da personalidade, como o direito à integridade física e à psíquica, o direito à integridade intelectual, bem como o direito à integração social. Corroborando o exposto, segundo Frota (2010), o direito ao projeto de vida somente é efetivamente exercido quando o indivíduo concentra parte de seu tempo à própria autorrealização, canalizando suas escolhas para a realização e o alcance das metas traçadas como ideais.

A jurisprudência, ainda que tímida, vem reconhecendo a existência desse dano, como demonstra a decisão da Primeira Turma do TRT da 3ª Região, na Ação n. 02169201301403003 0002169-55.2013.5.03.0014, pois foi provado nos autos que o autor foi obrigado a trabalhar durante o período de férias, ao longo de todo o contrato de trabalho, o que comprometeu, sobremaneira sua vida particular, impedindo-o de dedicar-se, também, a atividades da sua vida privada.

Entretanto, o que se percebe, também, são os vários pedidos para o reconhecimento desse dano sem que haja a efetiva comprovação. Em recente decisão, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho absolveu a WMS Supermercados do Brasil Ltda., pois entendeu que não foram encontrados elementos que caracterizavam o dano existencial. Segundo o Ministro João Oreste Dalazen, para a tipificação do referido dano é necessária a demonstração inequívoca do comprometimento do projeto de vida e da vida de relação, o que não foi comprovado no caso em questão, pois o contrato de trabalho havia vigorado por apenas nove meses, um curto período para que tivesse ocorrido um comprometimento de forma irreparável da realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relação.

Para ilustrar, colhem-se do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região recentes decisões do campo do reconhecimento e da negativa da pretensão quanto ao dano existencial:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADAS EXTENUANTES. A parte autora postula indenização por danos morais, aduzindo que, durante quase cinco anos de vínculo com a ré, jamais gozou de férias, bem como laborava acima da carga horária legal e permanecia à disposição do empregador, podendo ser chamada a qualquer momento, fatos lhe afetavam a vida social e familiar, gerando dano de tal ordem. O réu contesta, alegando que não estão presentes os pressupostos para gerar o dever de indenizar. Ora, sob o gênero “danos extrapatrimoniais” decorrem, entre outros, como espécies distintas, o “dano moral” e o “dano existencial”. O primeiro é um sofrimento interno da pessoa, um abalo à sua intimidade ou honra subjetiva. O segundo é uma afetação externa, vale dizer, o suposto ato ilícito é de tal sorte que impede a pessoa de viver em plenitude, ou seja, de usufruir da vida familiar ou social, impedindo o seu desenvolvimento pleno. No caso em apreço, vislumbro a presença de dano existencial, eis que da parte autora, durante toda a contratualidade, foi-lhe suprimido o direito ao gozo de férias, bem como laborou em diversos sábados, domingos e feriados, o que, certamente, implicou interferência em sua esfera existencial e violação dos direitos fundamentais insculpidos nos arts. 6º e 7º da Constituição, como a limitação da jornada de trabalho, a saúde, o lazer. Logo, no caso em apreço, há típico dano existencial. Isso posto, condeno a ré a pagar para a parte autora R\$ 3.000,00 de danos existenciais, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais de 1% ao mês desde a data da publicação desta sentença. (Vara do Trabalho de Joaçaba-SC, RT 0000313-76.2014.5.12.0012, em 27.11.2014, Juiz Rodrigo Goldschmidt).

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. INDEFERIMENTO. A autora alega que em decorrência da jornada realizada, conjugando-se ao fato de despender extenso tempo a

título de horas in itinere e tempo à disposição da ré, bem como por não ter recebido as verbas rescisórias corretamente, sofreu dano existencial, uma vez que interferiu no seu convívio social, rompendo o instituto de equilíbrio entre a sua vida particular e o trabalho realizado na ré. A ré nega as alegações da autora. Diz que esta nunca foi submetida à jornada exaustiva. Sustenta que nunca teve conduta ilícita que configurasse o dano alegado. Pede a improcedência do pedido. Prefacialmente explicita-se que o dano existencial é uma espécie de dano imaterial que atinge a vítima, seja de modo parcial ou total, a ponto de impossibilitar a pessoa de executar, prosseguir ou reconstruir projetos de vida [...] Nos autos, não obstante tenha se verificado que a autora permaneceu diariamente, em grande parte da contratualidade, por tempo considerável no trajeto entre sua residência e o trabalho, além do cumprimento da jornada de trabalho ordinária, certo é que esta gozava de descanso semanal remunerado, tinha os sábados, em sua maioria, compensados e não trabalhava, de forma geral, em feriados e domingos. Nesta ótica, não ficou evidenciado que a autora ficou obstada do convívio familiar ou em sociedade, ou mesmo que foi submetida a trabalho de forma exaustiva, a ponto de lhe impedir de executar projetos de vida, tanto no âmbito familiar ou social. Logo, descabe a pretensão de indenização por dano existencial. (2ª VARA DO TRABALHO DE CHAPECÓ/SC, RTOrd 0001838-49.2013.5.12.0038, em 27.03.2014, Juíza Deisi Senna Oliveira).

Verifica-se, portanto, que a mera alegação de dano existencial, sob o argumento de prorrogação de jornada de trabalho ou frustração do projeto pessoal, não constitui fato suficiente para configurar o dano, assim, para que o juiz possa analisar a existência do dano apontado, é preciso trazer aos autos uma narrativa adequada do fato danoso e o nexos causal com o trabalho, além de que o próprio trabalhador precisará provar.

#### 4 DANO EXISTENCIAL NO TRT 12ª REGIÃO

Foi realizada uma pesquisa nas sentenças proferidas em primeiro grau no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina) com o objetivo de verificar a realidade regional; foram encontradas ações que tinham como pretensão a reparação por dano existencial, as quais foram analisadas quanto à procedência ou não da pretensão. No total foram 89 sentenças proferidas entre o período de 01 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016. Dessas ações, 79 foram rejeitadas e nove, julgadas procedentes; em duas destas o dano existencial foi citado como espécie de dano moral, e uma foi extinta sem análise do mérito.

Percebe-se que entre essas ações, apenas 8,1% foram favoráveis, visto que a constatação objetiva, por meio de provas, foi necessária, como na sentença preferida pela Juíza do Trabalho Andresa Maria Limongi Pasold na Ação n. 03776-2014-045-12-00-0 que tramitou na 2ª Vara de Balneário Camboriú:

[...] durante todo o contrato, mas se constata, pelos cartões ponto, que o autor cumpria uma jornada das 3h30min/4h às 10h30min/11h, em média, desde a admissão até o final de agosto de 2013, quando algumas vezes trabalhou passou a trabalhar cumulativamente no período da tarde, em média das 14h30min/15h às 16h/17h30min, jornada dupla essa que passou a ser cumprida quase todos os dias desde o final de outubro de 2013 até o final do contrato, em maio de 2014. Destaca-se que a partir desse último período o autor passou a sair ainda mais tarde, por vezes às 19h, 21h e até 22h e 23h, para retornar ao labor logo às 3h30min do dia seguinte, em média.

[...]

A prestação de horas extras, por si só, não representa dano existencial, no entanto, é o trabalho prestado em jornadas extenuantes que autorizam a conclusão de ocorrência

do dano *in re ipsa*, na medida em que foge do parâmetro tolerável e viola os direitos fundamentais do trabalhador.

No mesmo sentido foi a sentença proferida na Ação n. 00494-2014-010-12-00-8 pela Juíza do Trabalho Karin Corrêa de Negreiros da Vara do Trabalho de Brusque:

Conforme reconhecido em tópico supra, o obreiro além de fazer jornada de doze horas, ainda realizava elevado número de horas extras, trabalhando por vezes 24 horas de forma ininterrupta. Tal circunstância acarreta evidente prejuízo à convivência familiar e social do trabalhador, privando-o de atividades de lazer e obstaculizando o descanso mínimo para sua recomposição física e mental.

Ainda, na Ação n. 00362-2015-023-12-00-3 proferida pelo Juiz do Trabalho Rodrigo Goldschmidt da Vara do Trabalho de Araranguá:

Na hipótese dos autos, restou evidente o dano existencial sofrido pelo trabalhador que, além da paraplegia, o que, por si só, prejudica a sua vida pessoal e social, também teve a sua vida sexual frustrada, quando contava apenas 36 anos de idade.

[...]

É certo afirmar que o demandante, no caso, teve seus projetos de vida prejudicados, tanto no que toca ao seu desenvolvimento para o trabalho, como para a sua família e para o lazer.

Quanto àquelas ações que tiveram o pedido negado, o que se percebe é que em todas elas a fundamentação foi de que não houve comprovação do prejuízo, bem como do nexo de causalidade, como na sentença proferida na Ação n. 0004156-31.2014.5.12.0018 pelo Juiz do Trabalho em Blumenau, Oscar Krost:

No caso em exame, não demonstrou o autor o cumprimento das extensas jornadas de trabalho descritas na petição inicial, com frustração de repousos semanais e prorrogações por todos os dias do contrato, a ensejar a frustração do convívio familiar, o descanso e a realização enquanto ser humano, capaz de causar o referido dano existencial.

[...]

Sem prova de tal acontecimento, resta prejudicada a análise da presença do dano ou de nexo causal, haja vista não ter se comprovado o fato atribuído à empresa (exigir a realização habitual de horas extras), pelo que, julgo improcedente o pleito.

Assim, indispensável se apresenta para a imputação a alguém do dever de reparar um dano causado a comprovação dos três elementos anteriormente citados: ação/omissão, dano e nexo causal. Na maioria dos casos julgados improcedentes, os autores não demonstraram o cumprimento das extensas jornadas de trabalho ou frustração de repousos semanais descritas na petição inicial e que ensejariam a frustração do convívio familiar, o descanso e a realização enquanto ser humano, capaz de causar o referido dano existencial. Assim, sem a prova dos acontecimentos alegados, restou prejudicada a análise, pelos magistrados, da presença do dano ou de nexo causal, haja vista não terem sido comprovados os fatos atribuídos às empresas.

Observa-se, também, que em 31 Varas do Trabalho, bem como nas cinco que estão no Município de Joinville, não foram localizadas ações relacionadas ao dano existencial, o que demonstra ser de fato um novo tipo de assédio que ainda necessita de melhor classificação e es-

pecificação para tutelar adequadamente os interesses dos juridicamente protegidos, pois, com razão, Soares (2009) afirma: “a caracterização do dano existencial não reflete modismo, mas espelha a evolução da responsabilidade civil no tocante aos danos extrapatrimoniais.”

Por fim, embora no Município de Chapecó existam quatro Varas do Trabalho, consta a possibilidade para consulta, no site do TRT 12<sup>a</sup>, apenas às sentenças das 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Varas do Trabalho, além de que não foi possível consultar a existência das referidas ações na Vara do Trabalho de Porto União em razão da indisponibilidade no sistema. Assim, restou prejudicada a análise plena de todas as sentenças proferidas no Estado de Santa Catarina, que tinham como pretensão a reparação do dano existencial.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, é perceptível que quando o empregador deixa de observar as leis trabalhistas, graves podem ser as consequências aos seus empregados, e ao se tratar de dano existencial, entra-se em uma seara em que as características causam certo desconforto, pois estão intimamente ligadas à saúde física e psíquica da pessoa e ao caráter egoístico da conduta causadora em prol dos lucros.

Percebe-se que o conceito de dano existencial, do ponto de vista jurídico e até mesmo constatado na análise das sentenças do TRT 12<sup>a</sup>, ainda está em construção, e muitas questões ainda estão em aberto, como a cumulação com o dano moral ou se seria uma subcategoria deste. Segundo o Ministro do TST, João Oreste Dalazen, a doutrina tende a conceituar o dano existencial como dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações, mas não o identifica como dano moral, entretanto, decisões são tomadas como se subcategoria fosse, como verificado na sentença dada na Ação n. 01778-2014-008-12-00-5 da Vara do Trabalho de Concórdia.

Nesse diapasão, nota-se que a Justiça do Trabalho, para esse novo tipo de assédio, vem buscando preservar a existência social, o objetivo e o projeto de vida do trabalhador. Várias causas já estão sendo julgadas pelos Tribunais do Trabalho em todo o Brasil, como foi demonstrado na análise das sentenças do TRT da 12<sup>a</sup> Região, entretanto a configuração desse dano requer a existência de vários aspectos comuns ao dano moral, mas principalmente da frustração do projeto de vida e da vida de relações, que devem estar presentes no caso concreto, evidenciados e provados.

Nesse sentido, percebe-se que para o dano existencial ser configurado é necessária a comprovação do prejuízo e o nexo de causalidade com a conduta. Desse modo, a não concessão de férias por longo período ou a sobrecarga de horas extras além do limite imposto pela lei de forma habitual, por si só, não são capazes de gerar o dano existencial, como demonstrado no grande número de ações que tiveram o pedido indeferido. Somente estará configurado o dano existencial se restar comprovado o dano a um projeto de vida e/ou ao convívio social e familiar.

Por fim, é fundamental refletir de que modo as empresas podem minimizar o risco de futuras indenizações e prejuízos à sociedade, pois nessas situações específicas as pessoas perdem sua expectativa de vida, comprometendo toda a sua existência por força de outros fatos maio-

res a elas impostos, geralmente o egoísmo de quem pratica a ilegalidade. O reconhecimento do dano existencial surge como forma de oferecer mais dignidade e melhor qualidade de vida ao trabalhador, permitindo ao indivíduo cuidar de si e se realizar como ser humano, contribuindo para a sociedade de modo geral.

## REFERÊNCIAS

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. *Lex Magister*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24160224\\_O\\_DANO\\_EXISTENCIAL\\_E\\_O\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx)>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, p. 275, 2010.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal do Trabalho da 12ª Região. 2013. Disponível em: <<http://www.trt12.gov.br/SAP1/ProcessoListar.do?plocalConexao=chapeco&toten=&pnrProc=1838&pnrAno=2013>>. Acesso em: 14 maio 2017.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal do Trabalho da 12ª Região. 2014. Disponível em: <<http://www.trt12.gov.br/SAP1/ProcessoListar.do?plocalConexao=joacaba&toten=&pnrProc=313&pnrAno=2014>>. Acesso em: 16 maio 2017.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 21 jun. 2013. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/home?p\\_p\\_id=15&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_15\\_struts\\_action=%2Fjournal%2Fview\\_article&\\_15\\_groupId=10157&\\_15\\_articleId=5089352&\\_15\\_version=1.3](http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=5089352&_15_version=1.3)>. Acesso em: 13 maio 2017.



# ESTADO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E PODER CONSTITUINTE

Norton Luiz Siqueira Riella<sup>1</sup>

Péricles Alonso Steffens<sup>2</sup>

**Resumo:** O objetivo com o presente artigo foi fundamentar e discutir sobre o Estado Constitucional, abordando temas como o conceito de constituição, constituições existentes no Brasil, estado constitucional, classificações das constituições e poder constituinte. Trata-se de uma revisão bibliográfica a respeito do tema Estado Constitucional. Como resultado, verificou-se que o Estado Constitucional contemporâneo pode ser classificado pela participação efetiva do povo no processo democrático. No Brasil, conforme fatos relatados nos manuais de direito e história, existe o registro de sete constituições. Atualmente, a Constituição Brasileira mostra-se mutável, pois varia conforme o comportamento e interesse social, sendo executada por meio de representantes políticos e classifica-se como promulgada. Porém, outrora já foi imposta pela força, de forma unilateral, ou seja, outorgada.

**Palavras-chave:** Constituição. Estado constitucional. Direito brasileiro.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo objetiva-se fundamentar e discutir sobre o Estado Constitucional, abordando temas como o conceito de constituição, quantas constituições existiram no Brasil, estado constitucional, classificações das constituições e poder constituinte. Traçando-se tal objetivo, torna-se pertinente problematizar que o Constitucionalismo moderno tutela um importante conteúdo social, adequando-se às mudanças de comportamento coletivo. Assim, considerando que o poder emana do povo, justifica-se a aplicabilidade deste trabalho para a necessidade de os indivíduos terem conhecimento a respeito da evolução do Estado Constitucional, suas sucessões, bem como sua eficácia, de modo a suprir seus anseios, salvaguardando os seus direitos.

Como procedimento metodológico, este trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica acerca do tema Estado Constitucional e foi desenvolvido para o III Seminário de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), realizado no primeiro semestre de 2017 em Chapecó, Santa Catarina.

Os elementos norteadores do texto e que servirão como resultados deste trabalho serão apresentados com base em uma explanação do conceito de Constituição, classificando-a. Após, far-se-á uma breve fundamentação sobre a história das constituições no Brasil, seguida de um relato a respeito do poder constituinte e do Estado Constitucional.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; nortonlsr@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pericles\_steffens@hotmail.com

## 2 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

Segundo Führer e Führer (2001), a Constituição se caracteriza por ser a Lei Maior que estabelece direitos e garantias individuais de uma determinada sociedade e época. Dentro do conceito de Moraes (2002, p. 36), a Constituição pode ser definida como “[...] a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.”

A Constituição abrange qualquer assunto considerado relevante a uma sociedade. Também é sua característica invalidar qualquer lei naquele território cujo conteúdo vá de encontro à Constituição Federal. Dentro de um território nacional prevalece a Constituição Federal, todavia, os estados têm a liberdade de serem regidos pelas Constituições Estaduais e leis locais que adotarem.

Considerando um sentido amplo, todo Estado tem sua Constituição, pois em todo Estado há uma forma de organização política. Entretanto, em sentido estrito, existem requisitos para que um Estado venha a ser chamado de Estado Constitucional, entre eles: o estabelecimento da forma de governo, a divisão dos Poderes, a limitação dos Poderes e a declaração dos direitos e garantias individuais.

O Constitucionalismo, por sua vez, tem sua origem formal nas constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, e da França, em 1791. Origem essa, que definiu a organização do Estado e a limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais como característica básica e indispensável para um Estado ser denominado constitucional. Moraes (2015, p. 60) entende que “o Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.”

## 3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Quanto ao teor e à forma, a Constituição se reparte em sentido material (não escrita) e formal (escrita). No sentido material, fundamenta-se em um conjunto de regras não necessariamente redigidas em documento solene e são códigos baseados no costume, nas leis esparsas e na jurisprudência. Já no sentido formal, é codificada em documento solene. Sabe-se que esse tipo de constituição, escrita, dá maior amplitude à segurança jurídica, à estabilidade e à publicidade (LENZA, 2016).

Segundo Lenza (2016), no quesito elaboração, as constituições podem ser dogmáticas ou históricas. A dogmática parte de dogmas, aglutinados por um órgão constituinte, baseada em teorias fundamentais e políticas. Enquanto isso, para o mesmo autor, a constituição histórica é

embasada nos costumes e tradições de um determinado povo, como é fundamentada a Constituição Inglesa.

No sentido de origem, Lenza (2016) classifica as constituições em promulgadas ou outorgadas. Promulgada ou democrática é a constituição em que o povo conta com representantes na Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração de regras, ou seja, há participação popular. Já na constituição outorgada, as regras são elaboradas sem a participação do povo, além de serem impostas a ele por meio do poder e da força (LENZA, 2016). Um exemplo de constituição outorgada é a brasileira de 1937.

Em relação à estabilidade, Lenza (2016) apresenta que a Constituição pode ser imutável, quando não é efetuada nenhuma alteração, ou parcialmente imutável, quando a limitação temporal do constituinte permite a alteração não deliberada e com presença de cláusulas pétreas. É rígida a constituição que permite, por meio de processo legislativo solene e dificultoso, sua alteração, e flexível a que não demanda processos solenes como esses para mudanças, mas um processo legislativo ordinário, como funciona com as regras não escritas (LENZA, 2016). Conforme Morais (2002, p. 41), “[...] a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF. art. 60, § 4º - cláusulas pétreas).”

Constituição sintética é aquela que limita seu poder na estipulação de direitos e garantias fundamentais, como é a Constituição Norte-Americana, ao contrário da Constituição analítica, que regulamenta todo e qualquer assunto relevante para a formação, destino e funcionamento do Estado, como foi a Constituição brasileira (LENZA, 2016).

#### 4 ESTADO CONSTITUCIONAL

Até a transformação do Estado absolutista em Estado constitucional moderno, que tutela os direitos fundamentais, a sociedade experimentou diversos métodos de norte.

O Estado Constitucional é uma criação moderna que surgiu paralelamente ao Estado Democrático e sob mesma influência de princípios. Para Loewenstein (1976), a origem do sistema constitucional iniciou com os hebreus, mas há quem diga que iniciou na Grécia, e há quem diga que iniciou no Egito.

Fato é que a origem mais remota data da Idade média, oriunda de uma luta contra o Absolutismo. Em 1215, barões da Inglaterra obrigaram João Sem Terra a assinar a Carta Magna, um dos primeiros escritos de lei que limitavam seus poderes. No século XVII se criou uma ideia de que a lei devia reger, não se considerando a opinião de um homem. Já no século XVIII, vários fatores influenciaram para que essa ideia de constituição fosse ainda mais concretizada, como o Iluminismo, pois valorizava mais a razão, colocando o homem e seus direitos acima de qualquer outra teoria (CORWIN, 1986).

Os objetivos resultantes do Constitucionalismo são: a afirmação da supremacia do indivíduo; a necessidade de limitação do poder dos governantes; e a busca pela racionalização do poder. Essas teorias influenciaram a Revolução Francesa e, embora a primeira Constituição escrita

tenha sido a do Estado de Virgínia, em 1776, e a primeira posta em prática tenha sido a dos Estados Unidos da América, em 1787, foi a Francesa, de 1789 a 1791, que mais repercutiu (CORWIN, 1986).

Corwin (1986) observa que, para os americanos, o período da Constituição foi uma era de racionalismo que se deve entender como a confiança na habilidade da razão atuando à luz da experiência.

O Constitucionalismo sempre teve um caráter revolucionário. A burguesia lutou para adquirir constituições escritas, que defendiam melhor as novas condições e dificultavam o retrocesso. Ainda, teve características diversificadas e surgiu quando o liberalismo era a doutrina dominante, configurando o liberalismo político. Por isso, em alguns estados, o constitucionalismo foi o instrumento de afirmação política de novas classes econômicas e, em outros, apenas expressão de anseios intelectuais (CORWIN, 1986).

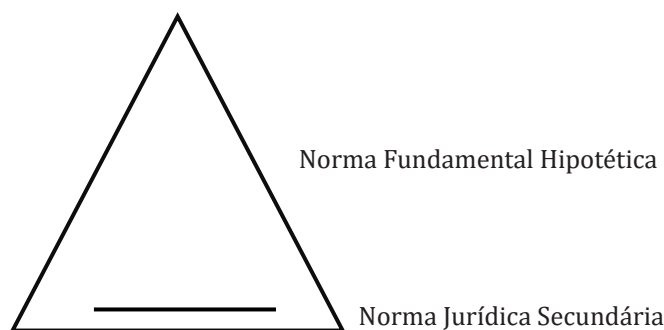
É interessante distinguir Constituição em um sentido material e em um sentido formal. No sentido material procura sua própria substância como expressão dos valores de convivência e de fatos prováveis do povo a que ela se liga. Para Loewenstein (1976), os requisitos mínimos para uma Constituição autêntica são:

- a) diferenciar as diversas tarefas estatais e sua atribuição a diferentes órgãos ou detentores do poder para evitar poder nas mãos de único indivíduo;
- b) limitar e distribuir o exercício do poder;
- c) evitar bloqueios entre detentores de parcelas autônomas para impedir sobreposição aos demais em caso de conflito;
- d) empregar reforma constitucional para evitar o recurso à ilegalidade, força ou revolução;
- e) reconhecer os direitos individuais e das liberdades fundamentais, prevendo proteção contra interferência de detentores do poder.

Para Loewenstein (1976), o sentido formal é a lei fundamental de um povo ou o conjunto de regras jurídicas dotadas de máxima eficácia, concernentes à organização e funcionamento do Estado.

Kelsen (2009) tem como ponto de partida uma norma fundamental hipotética que comentadores entendem como a própria ideia de justiça. O povo seleciona dessas normas hipotéticas as normas de comportamento social que consideram fundamentais (Figura 1).

Figura 1 – Normas de comportamento social



Fonte: os autores.

O poder constituinte deriva do povo. A constituição autêntica será uma conjugação de valores individuais e sociais que o povo selecionou por meio da experiência.

Em 1948, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal de Direitos Humanos, houve uma nova fase na história do Constitucionalismo. Abriu-se um leque permitindo ao Estado não somente o direito de garantir a liberdade dos indivíduos, mas também de aplicar esse direito.

Para proteção e promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade.

As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores, sendo elas as que condicionam todo o sistema jurídico.

## 5 O PODER CONSTITUINTE

Segundo Führer e Führer (2001), o poder constituinte é aquele ao qual incumbe criar ou elaborar uma constituição, alterar ou reformar uma constituição e complementar uma constituição. Moraes (2016, p. 84) complementa que o poder constituinte “é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado.” Lenza (2016) divide o poder constituinte em originário, derivado (reformador, revisor e decorrente) e difuso.

O poder constituinte originário ou de primeiro grau é o que elabora uma constituição nova, sendo inicial, autônomo e incondicionado (FÜHRER; FÜHRER, 2001). Segundo Lenza (2016), é o poder de criar uma nova constituição, rompendo por completo com a ordem jurídica anterior, classificando-a em histórica, aquela que cria pela primeira vez a constituição em determinado Estado, a exemplo da Constituição brasileira de 1824, e revolucionária, aquela que sucede ao poder constituinte originário histórico todas que ultrapassem a histórica.

Pode o poder constituinte originário se manifestar por meio de assembleia nacional constituinte ou convenção, nas constituições promulgadas, ou ser imposto nas outorgadas.

O poder constituinte originário tem por características ser inicial, autônomo e ilimitado juridicamente, de natureza pré-jurídica e permanente.

Já o poder constituinte derivado é indireto ou de segundo grau, ou seja, é ele que reforma uma constituição já existente, dentro das regras e das matérias por ela previstas (FÜHRER; FÜHRER, 2001). Segundo Lenza (2016), o poder constituinte derivado retira seu fundamento de validade da constituição e divide-se em reformador, revisor, decorrente e difuso.

O poder constituinte derivado reformador relaciona-se ao poder de modificar o Texto Constitucional por meio das emendas à Constituição. Possui previsão legal nos artigos 59, inciso I, e 60 da Constituição Federal (LENZA, 2016).

Por ser derivado do originário, tem limitações expressas subjetivas, pois o poder originário diz quem são os legitimados a propor uma emenda à Constituição; limitações circunstanciais, visto que não pode a Constituição ser emendada em Estado de Sítio, Estado de Defesa e intervenção Federal em razão da instabilidade institucional; limitação material, sendo inconstitucional lei que vise abolir as cláusulas pétreas; e limitações implícitas ou tácitas, ou seja, a

proibição da alteração do titular do poder constituinte originário e derivado reformador, e a proibição de limitações expressas (LENZA, 2016).

Segundo Lenza (2016), o poder constituinte revisor visa aplicar emendas de revisão em caráter extraordinário. É o poder deixado pelo legislador originário para, após determinado tempo, serem sanados certos defeitos, bem como acrescentar possíveis diplomas, com limites já estabelecidos. Tal revisão ocorreu no ano 1994 e originou seis emendas à Constituição que, em sessão unicameral, foi exigida cotação de maioria absoluta dos parlamentares, não sendo possível nova manifestação de tal poder na atual Constituição, pois já cumpriu sua finalidade (eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada).

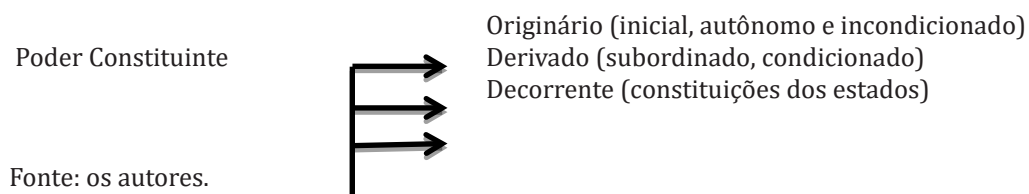
E o poder constituinte decorrente é aquele ao qual a Constituição Federal atribuiu competência para elaboração de constituições locais, dos estados federados, dentro dos limites fixados (FÜHRER; FÜHRER, 2001). O poder constituinte decorrente é de segundo e terceiro grau, subordinado às vontades do poder constituinte originário expresso na Constituição Federal (MORAES, 2016).

Para Lenza (2016), o constituinte consiste no poder conferido às assembleias legislativas estaduais para que no prazo de um ano contado da promulgação da Constituição Federal criassem suas próprias constituições, respeitando os princípios da Carta Magna.

Finalmente, na classificação do poder constituinte difuso não há uma modificação no conteúdo das normas constitucionais, mas uma alteração na interpretação de tais diplomas, ou seja, o texto permanece inalterado, o que modifica é sua interpretação (Princípio da Mutação Constitucional).

As classificações recém-expressas apresentam-se na Figura 2:

Figura 2 – Classificações recém-expressas



## 6 AS SETE CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Nesta seção serão apresentadas as sete constituições do Brasil, em ordem cronológica, com base no que diz Lenza (2016).

A primeira delas foi a *Constituição de 1824*, também chamada de Constituição do Império, que surgiu dois anos após a Independência do Brasil, em 1822. No ano seguinte, Dom Pedro I convocou uma assembleia geral constituinte e legislativa, que teve forte presença de ideais liberais que esbarraram em seu autoritarismo, e, em substituição da assembleia, originou o Con-

selho de Estado, no qual trataria de negócios de maior monta e criaria um projeto que refletisse a vontade imperial da majestade.

Em 25 de março foi outorgada a Constituição de 1824, que seria a que mais tempo vigeria, tendo como marca o forte centralismo administrativo e político, oriundo do unitarismo e do absolutismo.

Estabeleceu-se um quarto poder, o Moderador, acima do Executivo, Legislativo e Judiciário. O Poder Moderador era particular do Imperador e a chave de toda a organização. Embora a religião católica fosse a oficial do País, previu liberdade de culto doméstico para todas as crenças, e concedeu o direito de votar e ser votado apenas aos mais ricos.

A *Constituição de 1891* adveio de Assembleia Constituinte eleita em 1890, sendo a primeira Constituição da República do Brasil. Foi promulgada, sofreu uma pequena alteração em 1926, vindo a vigorar até o ano 1930. Teve como relator Rui Barbosa, sendo influenciada pela Constituição Norte-Americana de 1787, consagrando o presidencialismo como sistema de governo e a forma de Estado federado, não fazendo menção a Deus, abolindo a pena de morte e ampliando o direito a voto (anteriormente reservado, apenas, à elite). Ainda, instituiu o mandato para presidência da República para quatro anos, e foi a primeira Constituição do País a afirmar que todos eram iguais perante a Lei.

A *Constituição de 1934* foi influenciada pela crise econômica de 1929, pelo Governo da República alemã de Weimar e pelo fascismo personificado na representação classista do parlamento. Foram mantidos princípios fundamentais, como a República, a Federação, a Tripartição de poderes e o Presidencialismo, ficando evidentes os direitos humanos de segunda dimensão. No ordenamento brasileiro foi a que menos tempo durou, sendo abolida em 1937. Estabeleceu o voto secreto e universal e, pela primeira vez, assegurou o voto para as mulheres, o salário mínimo e uma jornada de trabalho de oito horas diárias.

A *Constituição de 1937* teve origem no forte antagonismo de Getúlio Vargas, que governaria até o ano seguinte, mas que, no presente ano, outorgou a carta que denominou “nascer de uma nova era”, instalando a Ditadura. Centralizou os poderes, estendeu o mandato da presidência para seis anos, reintroduziu o direito de morte e aboliu o direito de greve. Por meio desta, Vargas passou a indicar os governantes e acumulou poderes para interferir no Judiciário. Essa carta foi influenciada pelo fascismo e apelidada de “polaca”, por ser parecida com a Constituição da Polônia de 1935.

Encurralado, Getúlio Vargas entregou o cargo em 1945. A partir do novo ano o Brasil ganhou uma nova constituição, a *Constituição de 1946*, que teve vigência de 18 anos. A assembleia constituinte foi instalada em 01 de fevereiro de 1946, sendo o texto promulgado no mesmo ano, em 18 de setembro. Tratava-se da redemocratização do Brasil, tendo inspirações de ideais liberais, além de procurar a harmonização do princípio da livre iniciativa com o da justiça social. O novo presidente era Eurico Gaspar Dutra, o qual retomou diversos pontos da Constituição de 1934, reassegurando a livre expressão e os direitos individuais.

A exemplo da Carta de 1937, a *Constituição de 1967* cerceou diversos direitos individuais e concentrou os poderes no âmbito federal, diminuindo os poderes dos estados e municípios. Os militares patrocinaram a nova Constituição, e seu texto restringia a organização partidária, concentrava poderes no Executivo, impunha eleições indiretas para presidência e restabelecia a pena de morte. A estrutura da ditadura foi remendada por vários decretos, entre eles 13 atos

constitucionais, 67 complementares e 27 emendas. O mais notório foi o Ato Institucional (AI) 5, decretado em 1968, que suspendeu as mais básicas garantias, como o direito ao habeas corpus, sendo revogado 10 anos depois, em 1978. A duração dessa Constituição foi de 10 anos.

A Ditadura já havia caído, e o País tinha um civil à frente no Governo, José Sarney. Faltava o marco legal que livrasse o País do Autoritarismo. A assembleia constituinte ocorreu no dia 01 de fevereiro de 1987, presidida por Ulysses Guimarães. A *Constituição de 1988* foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988 e recebeu grande liberdade política e de imprensa, restabeleceu equilíbrio entre poderes e fixou direitos individuais, enfileirou uma série de direitos que costumam até hoje a sair do papel, resultou prolixa (longa, desnecessária), ambígua (equivoco), paternalista e desastrada, economicamente falando. Proporcionou o mais longo período ininterrupto de democracia que o País já atravessou.

## 7 CONCLUSÃO

Com a realização deste artigo foi possível compreender o conceito de Constituição, bem como de Constitucionalismo, sendo possível classificar as diferentes constituições.

Ainda, pôde-se conceituar Estado Constitucional, discernir a diferença entre os diferentes tipos de poder constituinte e, finalmente, saber quantas constituições existiram no Brasil até os tempos hodiernos, pontuando as evoluções que ocorreram desde o ano 1824.

Os resultados evidenciaram a evolução histórica do País, a depender das leis que o regem, nos diferentes tempos, refletidas no comportamento da sociedade sobre a égide de cada Constituição. Tal evolução é marcada pela permanência de um Estado Democrático de Direito que, atualmente, tem abarcado, na medida do possível, os interesses da sociedade como um todo.

Acredita-se que a metodologia utilizada possibilitou responder aos objetivos traçados inicialmente e espera-se que este trabalho possa contribuir para a construção do conhecimento na área jurídica, tanto acadêmica quanto historicamente.

## REFERÊNCIAS

CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

# HISTÓRIA E DIREITO DO POVO FRANCO

Pablo Marocco dos Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** Os francos foram um dos povos bárbaros a habitar territórios do poderoso Império Romano do Ocidente, que a cada ano vinha perdendo suas forças internamente e externamente. O povo franco adentrou o Império de forma pacífica por meio de tratados com o povo romano. Após seu estabelecimento, formou um dos maiores e mais organizados reinos da Idade Média, chegou até fundar um império sacro, defendido e protegido pela Igreja Católica. O avanço desse povo na área jurídica e administrativa é um exemplo utilizado até hoje.

**Palavras-chave:** Francos. Império Romano. Igreja Católica. Idade Média.

## 1 INTRODUÇÃO

Um período de desenvolvimentos, riquezas e soberania estava prestes a terminar. Ao Norte do Império Romano iniciava-se uma onda de invasões que nem as poderosas e bem preparadas legiões poderiam conter.

Por muitos séculos os povos bárbaros tentavam romper as fortificações e as fronteiras do grande Império, porém os romanos não contavam com sua decadência política e social que acontecia debaixo do seu nariz. Aproveitando-se da situação, inúmeros povos advindos do Centro da Europa, da Ásia e das regiões balcânicas adentraram o interior do Império, e sem defesas e tropas para contê-los, saquearam, conquistaram e estabeleceram seus reinos no até então mais poderoso império já visto.

Em especial, o povo franco foi um dos povos mais desenvolvidos a solidificar um reino na Europa; eles estabeleceram uma monarquia, seguiram o modelo econômico feudalista e, posteriormente, aderiram ao Cristianismo como religião oficial do reino. Além disso, possuíam um sistema jurídico bem avançado se comparados aos demais reinos bárbaros, tendo uma espécie de constituição e leis ordinárias decretadas pelo rei que não respeitavam a dignidade da pessoa humana, aceitando torturas e mortes nos julgamentos, nem as classes sociais, pois um nobre tinha prioridade de direitos perante um plebeu, sendo, assim, um direito sem equidade das partes e baseado na analogia e nos costumes do soberano.

Posteriormente, foi estabelecido um novo império, advindo do próprio povo franco, o conhecido Sacro Império Romano, sob o comando de Carlos Magno. Tinha como objetivos restaurar o antigo Império Romano do Ocidente, com uma política de expansionismo, investimentos na cultura, arquitetura e educação, e transformar toda a Europa em um continente cristão e subordinado à Igreja Católica, convertendo reis bárbaros e combatendo o avanço do Império

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; pablomarocco@gmail.com

Islâmico. Carlos Magno também recodificou o direito franco, estabelecendo novos métodos de júris e de defesa das partes.

Por fim, a morte do Imperador Carlos Magno foi a chave para a ruína do Império. A divisão das terras entre seus filhos resultou em uma sangrenta guerra civil, e, por consequência, o império virou um aglomerado de feudos independentes e subordinados ao poderio da Igreja Católica.

## 2 AS INVASÕES BÁRBARAS E O FIM DO IMPÉRIO ROMANO DO OCIDENTE

Para os romanos, povos bárbaros eram todos aqueles que não pertenciam ou não residiam no Império Romano ou que tivessem cultura diferente deste. Tinham uma vasta religião, que variava de povo para povo ou de clã para clã. Sua economia era de subsistência, e sua organização era feita por meio da monarquia.

Em razão do aumento de rebeliões dentro do Império Romano, suas estratégias militares tiveram de ser mudadas, antes voltadas ao ataque, expansão e pilhagem, agora voltadas à defesa de fronteiras e retaliação de revoltas internas. Para garantir a defesa das fronteiras, inúmeros pactos foram assinados entre chefes bárbaros e imperadores romanos com o propósito de defender as fronteiras em troca de cargos militares, comércio e dinheiro para a aldeia bárbara.

Existiram duas formas de os povos bárbaros penetrarem no Império Romano: em forma de migração, que ocorreu entre os séculos II e III e consistia em deslocamentos de povos bárbaros para dentro do Império Romano de forma pacífica, com o propósito de defender as fronteiras do império dos inimigos, ou por meio de invasões violentas motivadas principalmente pelo avanço e expansão dos hunos, comandados por Átila, ou, como era chamado, Praga dos Deuses, um dos maiores inimigos dos romanos. Tinha em seu poder um vasto e cruel império que se estendia do atual Turcomenistão (Ásia Menor) à atual Alemanha, destruindo os povos bárbaros, forçando-os a refugiar-se, e invadindo o Império Romano (CABRAL, 2015).

Em 375, os hunos aniquilaram os ostrogodos e começaram a atacar os visigodos; percebendo que seria aniquilado, o rei dos visigodos adentrou o Império Romano com a permissão do Imperador Valente em 378. Posteriormente, os visigodos começaram a saquear e pilhar aldeias e cidades, iniciando o período de invasões. Em 455, durante 15 dias os vândalos saquearam e queimaram a capital Roma, fazendo milhares de romanos como prisioneiros. No ano 476, o último imperador romano, Rômulo Augusto, foi deposto por Odoarco, chefe dos hérulos e dos lombardos. Esse episódio ficou conhecido como a queda do Império Romano do Ocidente, dando fim à Antiguidade e início à Idade Média.

Contudo, para Mark (2014), a Idade Média significaria:

A sociedade antiga desagregou-se, formando-se o sistema feudal sob a tutela da onnipresente Igreja Católica. Dá-se a ruralização. As cidades decrescem quase ao ponto de desaparecerem. A sociedade divide-se tripartidamente entre nobreza, clero e povo. O espaço uno, com boas vias de comunicação, estradas, comércio dinâmico, dá lugar a uma miríade de entidades políticas que se guerreiam entre si. Os hábitos de higiene e de culto do corpo são terminantemente proibidos pela moral cristã, favorecendo o aparecimento de graves epidemias que serão frequentes ao longo de toda a Idade Média, a verdadeira *Idade das Trevas*, tempo de gárgulas e animais assustadores que povoavam o imaginário colectivo, de superstições alimentadas pela Igreja. Um retrocesso histórico-cultural.

Entre outros povos bárbaros que invadiram as fronteiras romanas estão os anglos e os saxões, que se localizavam na atual Alemanha e Dinamarca e migraram para as ilhas Britânicas, que se tornaram, posteriormente, o Reino Unido. Os eslavos foram formados por povos da Rússia Ocidental e ocuparam as terras a Leste do Rio Elba até os Balcãs (COSTA; MELLO, 2008).

### **3 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO REINO DOS FRANCOS ATÉ O FIM DA DINASTIA MEROVÍNGIA**

Um dos agrupamentos bárbaros mais influentes e conhecidos foi o povo franco. Seu nome deriva do alemão antigo *frekkkr*, que significa forte, corajoso e ousado. Um dos poucos povos que conseguira estabelecer um Estado unificado, forte e durável. No entanto, eles não tinham uma noção de Estado, sabiam apenas conquistar, unificar e pilhar (idêntico aos romanos). A organização política era através da monarquia, e a religião era politeísta, ou seja, cultuavam vários deuses (FERNANDES, 2009).

Durante o século IV, os francos se estabeleceram na fronteira do Império Romano, ao Norte do Rio Reno. Na época do imperador romano Juliano, os francos receberam o título de auxiliares perpétuos do império.

Segundo Fernandes (2009), no século V, o povo franco adentrou o Império Romano, na região da Gália, atual França, e lutou ao lado dos romanos em diversas batalhas contra outros povos bárbaros que queriam invadir o Império; seu chefe era Meroveu (411-458), que liderou e venceu inúmeras batalhas contra os hunos ao lado dos romanos, a mais conhecida foi a Batalha dos Campos Catalúnicos. Meroveu ficou conhecido por realizar acordos com os romanos visando dar melhores condições para seu povo e iniciar a primeira dinastia franca, a dinastia merovíngia.

Seu filho e sucessor, Childerico I (437-481), último rei dos francos pagãos, foi um excelente guerreiro, combateu os visigodos ao lado dos romanos, derrotou o exército de Odoarco (responsável pela deposição do último imperador romano), e logo após se declarou rei da Itália e firmou um tratado de paz. Aliou-se aos saxões para derrotar os alamanos, conquistou a Alamânia e fixou a capital dos francos em Torunai (atual região de Ardenas na Bélgica), mas morreu pouco tempo depois.

Após a morte de Childerico I, assume seu filho Clóvis, ou Clóvis I, o Convertido (465-511). Foi o mais conhecido e um dos mais importantes reis dos francos. Pertencente à dinastia merovíngia, tomou o Norte da Gália nos três anos seguintes e obrigou todas as cidades a reconhecê-lo como rei. Uniu-se com a princesa Evochilde, com quem teve Teodorico. Depois, casou-se com a princesa católica Clotilde, que teve grande influência na sua conversão. Durante a batalha contra os alamanos, Clóvis invocou o Deus católico e, com isso, conseguiu vencer uma batalha que aparentemente estava perdida. Desde então, com mais de três mil francos, foi batizado no Natal do mesmo ano e se tornou o primeiro rei bárbaro convertido ao Cristianismo romano. Expulsou os visigodos da Gália e tomou a região da atual Holanda, Bélgica e um pedaço da Alemanha. Mu-

dou a capital do reino franco para Paris. Pouco antes de sua morte, dividiu o reino franco entre seus quatro filhos: Teodorico, Clodomiro, Childeberto e Clotário (FERNANDES, 2009).

O reino franco unifica-se novamente somente no reinado de Dagoberto I (623-639), mas após sua morte o reino se divide em dois: Austrásia e Burgúnia.

Childerico III (693-756), ou Childerico III, o Idiota, foi o último rei da dinastia merovíngia e foi retirado do poder por Carlos Martel. Após 14 reinados, a dinastia merovíngia chegava ao fim e iniciava-se uma nova dinastia, a carolíngia.

### 3.1 DIREITO DOS FRANCOS

O direito dos francos foi dividido em duas categorias, para o povo romano valeria o direito romano, e para o povo bárbaro, nesse caso, o povo franco, valeria o direito deles, que era baseado na sua tradição, seus costumes e nos decretos de seus chefes ou reis.

Segundo Gillisen (2011), os júris dos francos tinham como base a oralidade, sem a presença de provas concretas e matérias, necessitava-se somente de testemunhas para provar o crime ou alguma irregularidade cometida.

Durante a dinastia merovíngia, foi criada a *Lex salica*; datada do século V, nela constam regulamentos da sociedade, como crimes, impostos e calúnia, estabelecendo indenizações e punições. A *Lex salica* teve 100 títulos durante a dinastia merovíngia, e foi modificada no mínimo seis vezes; era como uma “constituição” para os francos.

“A mais antiga redação, chamada *Pactus legis salicae* e compreendendo 65 títulos, remonta à época de Clóvis; não se encontram aí influências cristãs; poderia assim datar de antes do batismo de Clóvis, em 496.” (GILLISEN, 2011, p. 173).

Dagoberto I (633), na região da Austrásia, ordena a *Lex ribuaria*, decreta pena de morte, crimes de corrupção em julgamentos judiciais, salários e tributos ao clero e altera tarifas de impostos, inspirando-se na *Lex salica*. Mais tarde, Carlos Magno a usa como base para o direito carolíngio.

Houve leis que outros povos possuíam e posteriormente foram dominados e incorporados ao reino dos francos, como, por exemplo, a *Lex barbara burgundionum*, que foi incorporada pelo rei da Borgonha Gondenbaud e é muito parecida com o direito romano, pois possui código civil e de processo. A *Lex visigothorum*, conhecida como Código de Eurico, foi por muito tempo a lei dos visigodos, até eles serem dominados e incorporados ao reino dos francos. Mais tarde os alamanos fizeram a *Pactus alamannorum* (613-623), que depois se tornou a *Lex alamannorum* (724-730). Os bávaros instalaram a *Lex baiuvariarum* por volta do século VII. A *Lex saxonum*, do povo saxão, teve sua vigência em 785. Para os frisões regia a *Lex frisionum*, datada do século VIII.

### 3.2 DINASTIA E IMPÉRIO CAROLÍNGIO

A dinastia carolíngia tem início quando o “Mordomo do Paço” (como um primeiro ministro) tinha o poder sobre suas mãos; nesse caso, o Mordomo do Paço era Carlos Martel (686-741). Com a vitória dos francos sobre os árabes na Batalha de Poitiers em 732, Carlos Martel

conseguiu um enorme poder dentro do reino dos francos por ser considerado o salvador do cristianismo no Ocidente, e seu cargo passou a ser hereditário.

Conforme Fernandes (2009), Carlos Martel, pouco antes de morrer, deixou seus domínios nas mãos dos seus filhos Pepino e Carlomano. Porém, no ano 747, Carlomano decide renunciar seu cargo e seguir a vida monástica dentro da Igreja Católica e passa sua parte para Pepino. Em 751, Pepino destrona o último rei da dinastia merovíngia, Childerico III, o Idiota, e com o reconhecimento do Papa Zacarias é abençoado pelo arcebispo Bonifácio e dá início à dinastia carolíngia no poder do reino dos francos.

Pepino, o Breve, como era chamado, por seu reinado ter durado pouco, antes de morrer, divide o reino entre seus dois filhos Carlomano e Carlos. Entretanto, três anos após a partilha do território, Carlomano vem a morrer, e seus domínios passam todos para as mãos de Carlos, que se torna um soberano absoluto do reino franco.

Carlos coloca em prática a teoria expansionista e conquista um imenso território, sendo ele a Saxônia, a Baviera, a Lombardia e parte da Itália; tinha como objetivo cristianizar todos os povos conquistados, mesmo que isso tivesse que ser na base da força. É considerado o defensor da Igreja Católica no Ocidente e o responsável pela cristianização do Ocidente europeu (até então de maior parte pagão). No dia 25 de dezembro de 800, o papa Leão III coroa Carlos como imperador dos romanos, dando a ele o título de Carlos Magno, com o objetivo de retomar os domínios e os poderes do antigo Império Romano do Ocidente e fazer de Carlos Magno um representante de Deus na Terra. A data da sua coroação passou a ser o dia de comemoração do Natal para a religião católica.

Para melhor administração do Império Carolíngio, Carlos Magno cria 300 subdivisões comandadas por condes chamadas de condados, e nas áreas de fronteira cria as chamadas marcas, que eram unidades administrativas comandadas por marqueses. Outra categoria era a dos duques, que tinham o poder de convocar exércitos de vários condados, formando ducados. E para supervisionar os condes, os marqueses e os duques, Carlos Magno cria o *missi dominici*, que eram agentes imperiais ou inspetores reais com poderes para resolver problemas difíceis.

Para Cotrim (2008, p. 133), Carlos Magno, tendo necessidade de contar com uma nobreza apta e capaz de ajudar a administrar seu império e a ter um clero mais bem qualificado para ter uma melhor e mais fácil cristianização de outros povos, estimula a criação de inúmeras escolas e mosteiros espalhados por todo o Império, provocando, assim, um renascimento cultural, chamado de renascença carolíngia. Os projetos educacionais tinham como disciplina o estudo da Bíblia, a gramática, a música, a astronomia, a matemática, a dialética, a retórica e, mais tarde, a medicina. Essas disciplinas tinham como base textos da Antiguidade clássica do romano Cícero e do grego Aristóteles. Mesmo sem saber, Carlos Magno estava preparando o caminho para as futuras universidades europeias. Defendia os artistas, escultores, músicos e pintores, e estimulava a tradução e a cópia de manuscritos que até então eram escritos por monges copistas, pois não existia prensa ou algum aparelho que copiasse. No Império de Magno, também foi confeccionada uma moeda-padrão para ser utilizada em todo o território do império. O renascimento carolíngio deu um grande salto cultural e tecnologicamente, porém tudo foi criado,

desenvolvido e estimulado em prol da Igreja Católica, com o objetivo de difundir o cristianismo na Europa ocidental.

Após a morte de Carlos Magno em 814, assume seu filho, Luís I, conseguiu manter a organização política e administrativa do Império, mas após sua morte, em 840, o poder fica com seus três filhos: Carlos II, Lotário e Luís II, que entram em disputa pelo poder total do Império, causando uma intensa guerra civil. Somente em 843 os irmãos firmam um acordo de paz e dividem o império entre os três por meio do Tratado de Verdun. Carlos II, o Calvo, fica com a parte Ocidental, o que seria hoje o território da França. Lotário fica com a parte Central, que se estendia da Itália ao Mar do Norte. E Luís II, o Germânico, fica com a parte Oriental, onde está situada a Alemanha hoje. Porém, após o fim da guerra civil entre os irmãos e com a divisão do território, as regiões foram perdendo o poder, com inúmeras divisões internas dos reinos; em razão de independências e da autonomia da nobreza agrária o Império foi perdendo poder e formando um novo regime de governo, o que ficaria conhecido posteriormente como feudalismo europeu.

Não bastassem as independências dos nobres, durante os séculos IX e X ocorrem intensas ondas de invasões bárbaras. Pelo Leste vinham os húngaros, que saqueavam vilas, mosteiros e propriedades rurais, pelo Norte, os vikings, usando a pirataria para saquear navios de suprimentos e assaltando aldeias e vilas próximas à costa do Império, e pelo Sul, os árabes, de religião islâmica, lançando intensos ataques na Península Itálica, pelo Mar Mediterrâneo. Por essas circunstâncias, o Império Carolíngio ruiu em menos de um século.

### 3.2.1 Direito Carolíngio

Com a cristianização do Império Carolíngio na Europa Ocidental, surge mais um poder, que, posteriormente, seria a maior organização do mundo, a Igreja Católica. Ela atinge âmbitos administrativos, legislativos e judiciários e é com a ajuda dela que Carlos Magno legisla seu império.

Forma-se, então, outra pirâmide judiciária, os vassallos e os senhores feudais eram julgados pelo direito romano, pelo direito dos povos bárbaros e pelo direito canônico (direito estabelecido pela Igreja), os reis bárbaros eram julgados pelo direito dos povos bárbaros e pelo direito canônico, e, por fim, o clero (membros da Igreja Católica) era julgado somente pelo direito canônico.

Segundo Majzoub (2005), os júris ocorriam da seguinte forma: conde, marqueses, duques e nobres eram julgados pelos Escabinos (juízes permanentes na jurisdição real). E os demais, pobres, escravos, vassallos e comerciantes, eram julgados pelos juízes senhoriais (que eram os senhores feudais). Porém, ambos julgamentos tinham base na oralidade e não necessitavam de provas ou registros escritos para o julgamento.

Ao contrário da dinastia merovíngia, na dinastia carolíngia se legislou muito, por volta de 200 textos foram escritos. No mês de maio de cada ano, Carlos Magno convocava a nobreza para ir a Paris fazer reclamações e reflexões, também para fazer consultas ao rei, chamadas de “Assembleia dos Grandes” do Império Carolíngio, que resultavam em leis dos direitos consuetudinários apresentadas em capítulos (“Capitulares”), as quais foram as primeiras normas da Ida-

de Média. Nessas assembleias eram discutidos temas civis, comerciais, penais e até ambientais, porém Carlos Magno debatia e depois as ordenava, sempre tendo a última palavra. Decretava as leis conforme apareciam as necessidades; foram, ao todo, 65 Capitulares que compunham o principal núcleo de leis da Idade Média e eram classificadas em duas: *Capitulares eclesiásticas* (direcionadas ao poder da Igreja) e *Capitulares laicas* (direcionadas ao poder do rei ou imperador), que possuíam subdivisões: *Capitularia legibus addenda* (direcionada à população do Império), *Capitula missorum* (direcionada aos inspetores e agentes imperiais; nela constavam instruções e medidas administrativas) e *Capitularia per se scribenda* (possuía medidas administrativas e os direitos da população).

Durante o reinado de Carlos Magno, o povo franco legislou muito, porém suas leis eram direcionadas e articuladas pela Igreja Católica que, posteriormente, aproveitando-se dos domínios dos carolíngios, estabeleceu uma poderosa instituição que dura até os dias de hoje.

### 3.3 PERÍODO PÓS-IMPÉRIO CAROLÍNGIO

Durante o reinado de Carlos Magno, cavaleiros corajosos e nobres eram recompensados com doações de terras; essas doações eram chamadas de *Beneficium*, e as terras doadas, de *Dominium*, e assim se iniciou o feudalismo, que significa fé e confiança. Tais cavaleiros eram chamados de duques e, se promovidos, receberiam o título de condes; eram os nobres da espada, pois conseguiam esse título por sua bravura e lealdade a seu rei. Os filhos dos nobres herdavam os títulos de seus pais e assim como eles tinham um pedaço de terra para proteger.

Com o fim do Império e a volta das invasões bárbaras, aumenta o nível de insegurança, uma descentralização que faz as pessoas saírem das cidades e irem atrás dos nobres em suas terras, o que gera os vilarejos com muros gigantescos a seu redor. Todos se defendiam da maneira que podiam, e os senhores feudais eram o centro, assim, os suseranos sediam a terra para plantio e os vassallos ganhavam proteção.

Isso funcionava de uma forma em que os camponeses, em uma espécie de arrendamento das terras dos nobres, produziam alimentos e pagavam impostos a eles, em troca, os nobres protegiam e mantinham os camponeses trabalhando seguros e protegidos. Nas terras, os senhores feudais continham o poder e mandavam e desmandavam sem que isso interferisse nos dogmas da Igreja. Nessa época havia uma espécie de pirâmide em que o Clero, que detinha o conhecimento geral, estava situado na parte de cima, os senhores feudais, que detinham as forças dos exércitos e as terras, estavam no meio, e os camponeses, que tinham de fornecer impostos (corveia, talha, banalidade, capitação, dizimo e formariage (o imposto da mão morta)) e alimentos para esses dois grupos, ficavam na parte de baixo.

Após a decadência do Império Carolíngio, a Igreja Católica ganha poder supremo sobre esses feudos e por quase toda a Europa. Durante esse período, dízimos foram cobrados, guerras foram travadas, pessoas foram sacrificadas e torturadas, dogmas foram postos (que ainda não

foram explicados ou se quer desvendados), tudo em prol do poder divino de Deus. E surge, então, o Direito Canônico, estabelecido, elaborado e imposto pela Igreja Católica.

#### 4 CONCLUSÃO

Os romanos concediam o título de bárbaro a todos os povos que residiam detrás das fronteiras do Império, porém desconheciam que determinados povos possuíam uma sólida organização político-administrativa capaz de manter seu povo próspero e íntegro por indeterminados anos. Foi o que ocorreu com os Francos, que foram capazes de montar um sistema governamental e jurídico tão forte quanto o poderoso Império Romano, que reunia as mentes mais intelectuais até então conhecidas pelo mundo antigo.

A cultura franca é cultuada até hoje em algumas regiões da França, o que demonstra que seu país foi construído por um povo intelectual e sanguinário ao mesmo tempo. O que se observa é que o ordenamento jurídico foi se desenvolvendo juntamente com a sociedade franca, e seus resquícios ainda são encontrados na Constituição Francesa de 1791 e no ordenamento infraconstitucional francês.

#### REFERÊNCIAS

CABRAL, Thiago. Francos – História dos Francos. *História do Mundo*. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-media/francos.htm>>. Acesso em: 05 maio 2015.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2008.

COTRIM, Gilberto. *História global: Brasil e geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Tathyana Zimmermann. Os francos. *Histórias*, 25 out. 2009. Disponível em: <<http://prof-tathy.blogspot.com.br/2009/10/os-francos.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

GILLISEN, Jonh. *Introdução histórica ao direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MAJZOUN, Milene Chavez Goffar. *Juízos de Deus e justiça real no direito carolíngio: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814)*. 2005. 112 p. Dissertação (mestrado)–Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 11 nov. 2005.

MARK. A Queda do Império Romano e as suas consequências. *As aventuras de Mark*, 08 maio 2014. Disponível em: <<http://asaventurasdemark.blogspot.com.br/2014/05/a-queda-do-império-romano-e-as-suas.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

# MULHER, DA IGUALDADE JURÍDICA À DESIGUALDADE DE FATO: AS RELAÇÕES DE GÊNERO ASSIMÉTRICAS COMO RESULTADO DE UMA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL

Leonardo Dlugokenski<sup>1</sup>

**Resumo:** A construção social e histórica de estereótipos proporcionou que a mulher fosse considerada inferior ao homem, desde os primeiros escritos de Aristóteles até a posição desprivilegiadíssima do sexo feminino no mundo capitalista da idade moderna. Essa construção cultural que coloca o gênero feminino em posição inferior influencia na sua posição no mercado de trabalho, como também na sociedade, demonstrando que apesar dos avanços das últimas décadas ainda é necessário muito progresso para alcançar a desejada igualdade de fato prevista no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

**Palavras-chave:** Gênero. Mulher. Relações assimétricas. Mercado. Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi confeccionado a partir do método indutivo, baseado em larga pesquisa bibliográfica com o objetivo de esclarecer a origem histórico-filosófica da desigualdade entre os gêneros masculino e feminino na nossa sociedade hiperindustrial, dado que na contemporaneidade as relações assimétricas entre os gêneros ainda são perceptíveis, o que fica claro na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2014, realizada pelo IBGE. Foram ouvidas 363.000 pessoas de todo o País, e segundo os dados coletados, de maneira geral, o número médio de anos de estudos no Brasil subiu de 6,5, em 2004, para 7,7, em 2014. Esse crescimento se justifica principalmente pelas mulheres, que estudam em média oito anos, frente aos 7,5 anos dos homens, porém a mesma pesquisa demonstra que a média salarial de um homem ocupado era de R\$ 2.146,00 contra a renda média de R\$ 1.614,00 das mulheres.

Sabe-se que a subjugação da mulher pelo homem possui origem histórica, desde o argumento de sua irracionalidade proposto pelo filósofo estagirita Aristóteles, passando pelo argumento religioso da Idade Média, que colocava a mulher como um ser pecaminoso por essência, e também pelo argumento da Modernidade de o gênero feminino ser um homem invertido.

Na contemporaneidade, por meio de lutas e levantes, as mulheres conseguiram, especialmente no Brasil, igualdade na lei, como é referido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; porém, de fato, o preconceito ainda faz com que as mulheres sejam relegadas a cargos com remuneração inferior e a serviços considerados não cultos.

---

<sup>1</sup> Mestre em História pela Universidade de Passo Fundo; Especialista em Sociologia pela Universidade de Passo Fundo; Professor da Disciplina de Antropologia Jurídica na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; leonardo.dlugokenski@unoesc.edu.br

## 2 AS VÁRIAS PERCEPÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE OCIDENTAL

Historicamente as relações de gênero<sup>2</sup> produziram uma condição de desigualdade para as mulheres, proporcionando que estas ficassem relegadas ao ambiente doméstico, privado, enquanto o homem se socializava visando ao sustento do lar. É importante frisar que nem sempre foi assim, dado que as primeiras sociedades, segundo Gillissen (2011), eram matriarcais, e a mulher era o centro do grupo.

Com surgimento da família patrilinear, ou o patriarcado, o pai torna-se o centro da linhagem.

O sistema patrilinear está centrado sobre a linhagem do pai – filho – neto. Fazem parte da família o pai, os filhos, os filhos dos filhos dos seus filhos, etc. As filhas e as netas também fazem parte delas enquanto não são casadas: pelo seu casamento elas deixam (geralmente) o grupo familiar do seu pai para entrarem no do seu marido. O chefe da família é o pai, por exemplo em direito romano, o *pater familias*: ele exerce autoridade, geralmente um poder muito extensor, indo até o direito de vida e morte. (GILLISSEN, 2011, p. 40).

Acredita-se que a família patriarcal surge com a privatização dos cuidados dos filhos às mulheres, enquanto os homens caçavam; logo, estudos levam a crer que isso aconteceu na transição da era paleolítica média para a era paleolítica superior,<sup>3</sup> segundo Zerzan (2010), e perdura em partes até a contemporaneidade.

Esse patriarcado ajudou a formar os primeiros clãs, que se transformaram em famílias e posteriormente em nações, formando o que viria a ser os impérios da antiguidade.

### 2.1 AS INTERPRETAÇÕES FILOSÓFICAS E CIENTÍFICAS SOBRE AS MULHERES NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Os atenienses da Grécia no período da antiguidade acreditavam piamente que as mulheres eram irracionais; logo, estas eram relegadas aos cuidados domésticos e não eram autorizadas a participar da vida pública. Para o filósofo estagirita radicado em Atenas no século III a. C., Aristóteles (1862), em sua obra *História dos Animais*, o motivo da supremacia masculina estaria no cérebro mais irrigado e fértil do sexo masculino em razão de a natureza ter se preparado apenas para produzir homens; é importante frisar que Aristóteles era o porta-voz da cultura

---

<sup>2</sup> O conceito de gênero se refere aos papéis atribuídos a homens e mulheres em razão do seu sexo, ou seja, ao conjunto de atributos que uma determinada cultura estabelece como próprio dos homens ou das mulheres, definindo o que é masculino e o que é feminino.

<sup>3</sup> Refere-se ao período da Pré-história, que começou há cerca de 2,5 milhões de anos, quando os antepassados do Homem começaram a produzir os primeiros artefatos em pedra lascada, destacando-se de todos os outros animais, e que durou até cerca de 10.000 a.C.

helênica e fundamentava fenômenos já aceitos pela sociedade ateniense, como a hierarquização das relações de gênero e o escravismo.

Na sociedade romana a dominação do homem diante da mulher fica clara na própria Lei das 12 tábuas, quando esta versa sobre o direito pátrio, em que a figura masculina (pai) tinha plenos poderes sobre o filho. A sociedade romana era “falocêntrica, onde a recorrência da representação do órgão reprodutor masculino é, em última análise, uma demonstração ostensiva do poder exercido pelo homem em Roma.” (SILVA, 2007, p. 90). A mulher não possuía participação política, e no lar era vista apenas como esposa e mãe, além de não ter a possibilidade de adquirir posses.

A família das XII tábuas é sempre a família patriarcal, baseada no poder. Família em que há um único proprietário, em que o parentesco só existe na linha masculina, em que a mulher só está sob o poder do marido – ou do pai do marido – em virtude do *conventio in manum*, em que as mulheres só saem do poder marital ou do pátrio poder para cair na tutela dos seus parentes próximos. (KLABIN, 2004, p. 199).

Eram raros os casos de mulheres com certa liberdade em Roma, estas estavam sempre sobre o pátrio poder e vigiadas pelo pai, irmão, marido ou família do marido, sendo destinadas ao casamento e a serem servis ao homem.

## 2.2 A MULHER COMO SÍMBOLO DO PECADO NA IDADE MÉDIA

Quando se fala em Idade Média, lembra-se diretamente do domínio da Igreja Católica sobre o Ocidente e principalmente da confusão entre lei temporal (costume) e lei divina, evidenciada na legislação canônica, que era superior a qualquer regra, ou seja, a “supremacia da Igreja nas relações também ficou clara no âmbito jurídico, na medida em que desde o início, foi responsável pela fixação de um conceito de direito e pela manutenção das instituições do direito romano, na âmbito do direito canônico.” (DEMO, 2004, p. 118).

Naquele período, em razão das sagradas escrituras, a mulher era considerada pecadora por natureza, mais especificamente no livro do Genesis, pois incentivou o homem (Adão) a comer o fruto proibido e ambos foram expulsos do paraíso (BÍBLIA, Genesis, 3, 22).

As bulas papais ou bulas pontifícias<sup>4</sup> reforçaram a origem pecadora da mulher e principalmente a demonizaram, colocando-as como autoras de atos de bruxaria, como no caso do *Malleus Maleficarum*, ou Martelo das Feiticeiras, livro escrito por dois teólogos e inquisidores medievais, Sprenger e Kramer, que colocam a mulher em total face de perversão e ligação sa-

---

<sup>4</sup> Era o nome advindo do senso comum das ordenações e interpretações bíblicas derivadas do sumo pontífice da Igreja Católica Apostólica Romana e que eram entendidas como lei na Idade Média.

tânica; para eles, é a mulher que dá ao demônio o poder de possuir a alma humana através da cópula (KRAMER; SPRENGER, 1993, p. 20).

Essa obra foi referendada pelo papa Inocêncio VIII em bula papal e recebeu um certificado de aprovação da Faculdade de Teologia da Universidade de Colônia.

Durante toda a Idade Média a mulher foi tratada como sinônimo de pecado e como inferior ao homem, uma realidade que permitiu que ela fosse explorada no mercado de trabalho durante a Revolução Industrial sem qualquer escrúpulo.

## 2.3 A INSERÇÃO MARGINAL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO NA MODERNIDADE DAS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

A Revolução Industrial teve início na Inglaterra no século XVIII e alterou todo o cenário existente no mundo, a mecanização e a urbanização ocuparam os fartos campos ingleses, o trabalho servil deu lugar ao assalariado, e o campo verdejante deu espaço à cidade cinza (HOBBS-BAWN, 2000).

Objetivando lucro máximo e custo mínimo, o industrial inglês contratou mulheres para realizar o serviço nas fábricas, ou seja, “[...] a força de trabalho adulto nas indústrias têxteis do Reino Unido atingia 191.671 pessoas, das quais 102.812 eram mulheres e apenas 88.859, eram homens.” (THOMPSON, 1987, p. 70). Acredita-se que elas foram absorvidas nas fábricas em razão da nova condição das famílias, que ao migrarem dos campos para as cidades necessitavam de todos os membros possíveis no mercado de trabalho, fazendo com que estes aceitassem qualquer acordo proposto pelos empregadores.

## 3 MULHER, ELEIÇÕES E VOTO: O LONGO CAMINHO ATÉ A PARTICIPAÇÃO NAS ELEIÇÕES

Durante muito tempo negou-se à mulher o direito à própria cidadania, em face de sua “natural” condição de inferioridade perante os homens. O Código Civil de 1916 estabelecia a não capacidade jurídica da mulher casada, subtraindo-lhe sua integral cidadania e não lhe possibilitando participar do sufrágio universal.

No ano 1927 foi aprovada a Lei estadual n. 660 referente ao voto feminino no Rio Grande do Norte. O artigo 17 (das Disposições Gerais) do Capítulo XII determinava: “No Rio Grande do Norte poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas pela lei.” Era governador do Estado José Augusto Bezerra de Medeiros, que seria substituído na administração estadual por Juvenal Lamartine de Faria no ano 1928. Ambos eram líderes políticos do Sertão inseridos nas relações oligárquicas da República Velha e pretendiam, a partir dessa jogada, a manutenção do poder (GOMES, 2007); tal artifício também foi utilizado em âmbito federal, quando em 1932 o direito do voto feminino foi obtido por meio do Código Eleitoral Provisório, instituído pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932,

que em seu artigo 2º afirma que é eleitor brasileiro todo cidadão maior de 21 anos sem distinção de sexo.

Em 1934, já em pleno governo do caudilho Getúlio Dorneles Vargas, a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil versava o seguinte sobre a questão gênero:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

Essa Constituição perdurou até a Declaração do Estado Novo em 1937, quando todos os direitos políticos do povo foram suspensos e Getúlio Vargas estendeu o seu poder até 1945, quando foi substituído por Eurico Gaspar Dutra.

Uma nova alteração radical na lei aconteceu somente com a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, no Governo de João Goulart, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada, e em seu artigo 233, afirmava que “O marido era o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” Essa disposição será alterada somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO BALIZADORA DA IGUALDADE JURÍDICA

A Constituição Cidadã foi gestada ao fim de um período ditatorial que perdurou de 1964 a 1985, com a eleição do primeiro presidente civil da redemocratização, Tancredo Neves, que não assumiu em razão de sua morte súbita e foi substituído por José Sarney. Em outubro de 1988, a Assembleia Constituinte promulgou a nova constituição, cujo principal ponto é o artigo 5º, que versa sobre:

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:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;  
[...]

Segundo Oliveira (1994), a nova constituição surge possibilitando o pluripartidarismo, o retorno do sufrágio universal e a autonomia sindical, e também revoga as antigas leis bipartidárias que limitavam as escolhas no Brasil. É importante ressaltar que tal documento reforça os direitos fundamentais, principalmente o que tange à ideia de igualdade de tratamento e de competitividade entre homens e mulheres, conforme o parágrafo primeiro do referido artigo.

Segundo Gomes (2007), a isonomia está presente em todas as constituições desde 1934, porém apenas a partir do artigo 5º da Constituição de 1988 é que a mulher conquista a sua emancipação jurídica e o impedimento de discriminação, proporcionando que homens e mu-

lheres (pelo menos em teses) pudessem concorrer de igual para igual no mercado de trabalho e que a mulher possuísse maior liberdade na vida social.

#### **4 O NÃO RECONHECIMENTO DA MULHER COMO IGUAL DE FATO NO BRASIL: DAS RELAÇÕES SOCIAIS AO MERCADO DE TRABALHO**

Segundo a *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, pesquisa do IBGE (2014), a diferença entre homens e mulheres no mercado de trabalho vem caindo; a população feminina teve redução no nível de desocupação, um pouco maior que a masculina, enquanto em 2009 eram 11,5%, em 2014 elas representavam 8,3%; mesmo assim elas ainda representam o maior contingente de desocupados (3,7 milhões) e registraram a maior taxa de desocupação (diante dos 4,9% dos homens). Contudo, a respeito dos movimentos da força de trabalho, deve-se considerar que nos últimos nove anos foram as mulheres que mais incrementaram a população ocupada. Com efeito, maior procura por trabalho implica maior taxa de desocupação se a demanda é limitada.

Quando se fala do perfil educacional dos empregados sem carteira, fica mais claro e bastante diferenciado segundo o sexo, considerando que quase 60% dos homens tinham até o ensino fundamental e cerca de 73% das mulheres tinham mais de oito anos de estudo, ou seja, estudavam mais, porém necessitavam estar no mercado informal para sobreviver.

É importante frisar, também, que no quesito rendimento, em empregos formais o homem recebia em média, em 2014, segundo o PNAD, R\$ 2.140,00, enquanto a mulher recebia R\$ 1.614,00. Há uma disparidade enorme entre homens e mulheres em todos os níveis do mercado de trabalho.

A pergunta que se coloca nesse momento é: por que as mulheres estudam mais, se preparam mais, porém ainda estão em desvantagem no mercado de trabalho?

#### **4 CONCLUSÃO**

O perfil histórico elencado neste artigo proporciona diversos caminhos, desde as teorias discriminatórias da antiguidade, passando pela religião da Idade Média, até o capitalismo industrial da Modernidade, o que deixa claro a discriminação de gênero nas diversas esferas sociais históricas. Porém, é importante notar que existe um avanço nos dados elencados pelo IBGE no Brasil, o qual se pode afirmar que foi conquistado única e exclusivamente pelas mulheres em uma luta pelo reconhecimento<sup>5</sup> moral (MELO, 2013) que ainda está muito distante de findar.

Apesar da discriminação moral, a mulher vem alcançando cada vez mais postos importantes na sociedade e ocupando espaços considerados no passado exclusividade masculina, mas ainda há muito o que se fazer para que ela alcance seu reconhecimento de fato.

---

<sup>5</sup> Quando se trata de reconhecimento refere-se ao reconhecimento simbólico referido pelo teórico Axel Honneth (1949), que compreendia que a identidade do indivíduo é constituída pelo reconhecimento intersubjetivo em três

## REFERÊNCIAS

- ARISTOTLES. *History of animals*. Tradução Richard Cresswel. Henry G. Bohn. London, 1862.
- DEMO, Wilson. *Manual de história do direito*. Tubarão: Stadium, 2004.
- GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkan, 2011.
- GOMES, Angela de Castro. A política brasileira em busca da modernidade: na fronteira entre o público e o privado. In. NOVAES, Fernando; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). *História da Vida Privada no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008. p. 489-559.
- IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2017.
- KLABIN, Aracy Augusta Leme Klabin. *História Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum. O Martelo das Feiticeiras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- MELO, Maria Aparecida Mendonça Toscano de. *Legislação do Direito do Trabalho da Mulher: uma perspectiva de sua evolução*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- OLIVEIRA, Eliezer Rizzo. *De Geisel a Collor: forças armadas, transição e democracia*. Campinas: Papyrus, 1994.
- SILVA, Gilvan Ventura. Ascetismo, Gênero e Poder no Baixo Império Romano e o status das Devotas Cristãs. *História*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 82-97, 2007.
- THOMPSON, Edward P. *A formação da Classe operária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- ZERZAN, John Pessoa. Patriarcado, Civilização e as Origens do Gênero. *Gênero e Direito*, v. 1, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/9702>>. Acesso em: 22 maio 2017.

---

esferas: na esfera do amor, nas relações pessoais com vínculo afetivo; na esfera jurídico-moral, nas relações de direito e autorrespeito; e na esfera da estima social, nas relações de solidariedade. Em oposição a essas três esferas de reconhecimento, existem três maneiras de não reconhecimento: a violação, a privação de direitos e a degradação. A negação dessas esferas levaria a uma indignação moral crescente.



# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ACESSIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA

Eliane Fátima Ferreira Baldissera<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo possui como tema os direitos fundamentais das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, vinculados à acessibilidade urbana, e o direito à cidade. Justifica-se a pesquisa pelo fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a todos o direito de viver com dignidade, e para garantir a isonomia das garantias constitucionais com igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana, é necessária a criação de condições para a inclusão social, sem exceção. Apresentou-se como problema de pesquisa a necessidade de esclarecer até que ponto as determinações constitucionais e a regulamentação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) garantem o direito à cidade para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, abordando-se os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro referente à acessibilidade. Objetivou-se, portanto, esclarecer que o direito à cidade é considerado na atualidade como um novo direito fundamental, sendo a acessibilidade um direito instrumental para a efetiva garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. O método utilizado foi o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfico-explicativa, com abordagem qualitativa para o seu desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Acessibilidade. Inclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 garante a todos o direito de viver com dignidade. No entanto, para garantir a isonomia das garantias constitucionais com igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana, é necessária a criação de condições para a inclusão social, sem exceção. O direito à cidade é considerado na atualidade como um novo direito fundamental, sendo a acessibilidade um direito instrumental para a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

A inspiração para a realização desta pesquisa foi verificar a efetivação da garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida vinculados à acessibilidade urbana. O direito de acessibilidade das pessoas com deficiência representa a efetivação dos princípios e garantias constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

A pesquisa foi realizada no campo do Direito Constitucional e Urbanístico, por meio de pesquisa qualitativa, a partir da análise de pesquisas já realizadas sobre o tema. De acordo com os objetivos estabelecidos, esta pesquisa pretendeu identificar quais foram as políticas públicas implementadas pelo Estado e verificar se essas normativas estão sendo efetivas para levar o direito e a inclusão social a esse grupo expressivo de pessoas arroladas constitucionalmente como vulneráveis.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; eliane.baldissera@hotmail.com

## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E MOBILIDADE REDUZIDA**

Os direitos das pessoas com deficiência são fundamentados nos direitos humanos e no exercício da cidadania. Antes da Segunda Guerra Mundial, esses direitos estavam presentes apenas na legislação interna de cada Estado. Após a Guerra, surge a preocupação em internacionalizar os direitos humanos que foram largamente violados durante esse período. Em 1948 foram criadas a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FEIJÓ, 2009).

De acordo com Bobbio (apud FEIJÓ, 2009), os direitos do homem nascem como direitos naturais, inerentes à pessoa humana. Contudo, os direitos essenciais à pessoa humana nascem das lutas contra o poder e a opressão, quando se reconhece a necessidade de assegurar uma existência digna ao indivíduo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo 1º, afirma que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

Quanto aos direitos fundamentais, estes nascem da positivação dos direitos humanos. Nesse sentido, Canotilho (apud SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2012, p. 3) coloca que: “[...] os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Com a internacionalização dos direitos do homem surgiram uma série de documentos, entre eles a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de San José da Costa, e outros mais específicos, como a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos, em 1975. Essa universalização e multiplicação dos direitos humanos fez com que o homem seja visto na sua especificidade e nas diversas maneiras de ser na sociedade, ou seja, nos seus estágios ao longo da vida, como criança, idoso, doente, portador de deficiência, entre outros (FEIJÓ, 2009).

A partir da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 09 de novembro de 1975, definiu-se o termo “pessoa portadora de deficiência” e o seu conceito como “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais.”

No Brasil, a Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, em seu artigo 2º, acrescentou a acessibilidade no conceito de pessoa com deficiência como: “[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL, 2015).

Essa Lei, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se limitou a impor o dever de implementação da acessibilidade como eliminação de barreiras, mas também determinou a

sua implementação de forma ampla em todas áreas, para a garantia da inclusão social das pessoas com deficiência, requisito indispensável ao exercício da cidadania (ARAUJO; MAIA, 2016).

### 3 A ACESSIBILIDADE REGULAMENTADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978 (BRASIL, 1978), no seu inciso IV, assegura à pessoa com deficiência a melhoria de sua condição social e econômica por meio da “possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.” A vigente Constituição Federal (1988), no § 2º do artigo 227, diz que “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.” E no artigo 244 dispõe sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo existentes, com a mesma finalidade.

Segundo Aceti (apud GUERREIRO, 2012), a Constituição Federal (1988) coloca como função do Estado possibilitar o acesso irrestrito das pessoas com deficiência aos espaços públicos quando promulga uma lei que tem eficácia limitada e necessita de uma norma infraconstitucional que regulamente e garanta a plenitude desse exercício. Portanto, de acordo com Guerreiro (2012), as legislações infraconstitucionais são responsáveis pelos avanços no que diz respeito ao movimento de inclusão social e à acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

Com o Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), que regulamenta as Leis n. 10.048/2000 (que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica) e n. 10.098/2000 (que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências), no seu artigo 8º, considera a acessibilidade:

Condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL, 2004).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), em seu artigo 9º, trata da acessibilidade “a fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas [...] que incluirão a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade.”

O Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011a), no seu artigo 5º, § 5º, trata da acessibilidade nas instituições públicas de ensino superior, com a finalidade de “eliminar barreiras físicas, de comunicação e de informação que restringem a participação e o desenvolvimento acadêmico e social de estudantes com deficiência.” O Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, promulgado pelo Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011b), nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos

das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março 2007, no seu artigo 3º, inciso VII, coloca como uma das duas diretrizes a “ampliação do acesso das pessoas com deficiência à habilitação adaptável e com recursos de acessibilidade.”

Em 2015 o Brasil instituiu, por meio da Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, em seu artigo 3º, inciso I, considera a acessibilidade como:

[...] a possibilidade e a condição de alcance para a utilização com segurança e autonomia dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) foi instituído com o objetivo de assegurar e promover, conforme o seu artigo 1º, “[...] em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.” O Estatuto tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que introduziu a acessibilidade como garantia para o exercício pleno da cidadania e inclusão social.

#### **4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E MOBILIDADE REDUZIDA**

A Constituição Federal (1988) trouxe em seu texto a inclusão efetiva do tema, apesar de ser inserido como norma de eficácia limitada. Portanto, as leis criadas posteriormente são desdobramentos dos direitos assegurados pela Constituição e regulamentados pelas normas infraconstitucionais. Embora existam normativas anteriores à Constituição Federal de 1988, neste trabalho, abordaremos as políticas a partir da promulgação desta.

A Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência foi instituída em 1989, por intermédio da Lei n. 7.853. Essa Lei cria a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde), que determina que cada órgão, dentro de suas atribuições, cumpra as instruções superiores com a cooperação dos demais órgãos da Administração Pública Federal, priorizando as pessoas portadoras de deficiência. Segundo Serpa (2009), a Corde foi responsável pela elaboração da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, regulamentada pelo Decreto n. 3.298 em 1999.

Ainda no âmbito da Política Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência foi criado o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Conade), órgão superior de deliberação colegiada que tem por finalidade acompanhar e avaliar o desenvolvimento das ações e políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cul-

tura, turismo, desporto, lazer e acessibilidade urbana que visem à inclusão das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (SERPA, 2009).

As Leis n. 10.048 e n. 10.098, ambas de 2000, regulamentadas pelo Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), estabelecem “normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida” e introduz a noção de barreiras, classificando-as como impedimentos para a inclusão das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

O Programa Brasil Acessível foi criado em 2004 pelo Ministério das Cidades com o objetivo de estimular e apoiar os governos municipais e estaduais a desenvolver ações que garantam a acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida, incluindo no processo de construção das cidades uma nova visão que considere o acesso universal das pessoas aos espaços públicos.

O Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), que promulga a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo pela Assembleia Geral ONU, de dezembro de 2006, reconhece a acessibilidade como um princípio e como direito, exigindo do Estado e da sociedade medidas para que se rediscutam noções e valores de cidadania, direitos humanos e discriminação das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), instituído pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 e que teve como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (ONU, 2006), reiterou e ampliou o direito à acessibilidade, regulamentando por meio da normatização do tema na sua especificidade, previstos no artigo 53 e seguintes, no que tange à acessibilidade urbana.

## **5 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE INCLUSÃO SOCIAL E A ACESSIBILIDADE URBANA**

A Constituição Federal (1988) garante a todos, sem exceção, o direito de viver com dignidade, ou seja, garante o direito de igualdade. O Estado tem o dever de promover ações e elaborar políticas que garantam o exercício desses direitos. O Brasil está em um processo de urbanização, e, de acordo com o Censo de 2010 do IBGE (apud ARAUJO; MAIA, 2016), 84,36% da população brasileira vive nas cidades (observando-se que em 1980 esse percentual era de 67,70%). Diante disso, a cidade deve ser o ambiente para que esses direitos sejam efetivados (ARAUJO; MAIA, 2016).

Para Feijó (2009), o princípio constitucional da igualdade deve ser observado e compreendido no sentido da igualdade material da lei, ou seja, deve-se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Os direitos são os mesmos, no entanto as pessoas que os exercem não o são, por isso é necessária uma proteção diferenciada às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, com legislação específica que garanta a isonomia na aplicação do direito. Conforme coloca Miranda (apud FEIJÓ, 2009, p. 4): “Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os

exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.”

Após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo da ONU pelo Brasil, na forma prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, como uma Emenda Constitucional, podemos dizer que as pessoas com deficiência, agora elencadas no rol dos grupos vulneráveis, devem ser incluídas na sociedade e dela participar de forma plena e efetiva. Ressalta-se que um dos pressupostos necessários a essa inclusão social é a acessibilidade, que adquiriu status de princípio na referida Convenção (ARAUJO; MAIA, 2016).

A Constituição Federal (1988) garante às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida o direito à inclusão social, e a acessibilidade é um dos principais instrumentos para a efetivação dessa garantia. Consta-se que sem acessibilidade haveria, se não um impedimento, um sério prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais dessas pessoas.

Nesse sentido, Fornasier e Leite (2016) destacam que “a presença da acessibilidade no meio urbano, bem como nas edificações, nos transportes e nas suas mútuas interações é uma exigência constitucional”, o que caracteriza a acessibilidade como um direito instrumental para o exercício da cidadania e a inclusão social das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), instituído pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, tem como objetivo principal o pleno e efetivo exercício e gozo dos direitos e garantias fundamentais às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. O referido Estatuto, no artigo 6º, ao ter reconhecido a deficiência como um impedimento a ser analisado individualmente em cada caso concreto, constatou que essas pessoas têm capacidades, portanto, se elas tiverem uma cidade acessível, terão oportunidades de desenvolvimento pessoal e profissional, garantindo a consecução da dignidade da pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição brasileira desde 1988 promove a igualdade, a dignidade e a inclusão de todos, impondo ao Estado o dever de inclusão social a todos, sem exceções. Os direitos são os mesmos, extensíveis a todos os cidadãos brasileiros, porém as pessoas que os exercem não são iguais, e por isso se faz necessária uma proteção diferenciada e com legislação específica para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

Nesse sentido, o Programa Brasil Acessível, criado em 2004 pelo Ministério das Cidades, tinha o objetivo de estimular e apoiar os governos municipais e estaduais a desenvolver ações que garantissem, no processo de construção das cidades, o acesso universal das pessoas aos espaços públicos.

A partir de 2009, com a internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, pode-se dizer que as pessoas com deficiência no Brasil passaram a pertencer ao grupo dos vulneráveis. Porém, sem acessibilidade há, se não um impedimento, um sério prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais dessas pessoas. A acessibilidade é um dos

pressupostos necessários à inclusão social e um dos principais instrumentos para a efetivação e o exercício das garantias constitucionais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) reconheceu a deficiência em suas especificidades, e a acessibilidade passou a ser um meio para a garantia da consecução da dignidade humana.

Contudo, constata-se que o maior problema na atualidade não é a ausência de legislação, mas a falta de eficácia das normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esse avanço na legislação deveria representar um avanço na inclusão social das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Todavia, apesar de todo o respaldo legislativo, a grande maioria dessa população não tem seus direitos respeitados.

Assim, podemos concluir que é necessário reforçar as ações de divulgação dos direitos das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, bem como as suas necessidades cotidianas de acordo com o grau de deficiência individual. Essas ações devem ter como objetivo a conscientização da sociedade e o seu envolvimento ativo no processo de construção da cultura inclusiva. E, nesse contexto, a acessibilidade se torna uma ferramenta essencial para a efetivação dos direitos fundamentais e da inclusão social das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, propiciando a estas participar em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A Cidade, o dever constitucional de inclusão social e a acessibilidade. *Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 225-243, 09 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/19901/15649>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal: Brasília, DF 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011a. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011b. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 out. 1978. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc12-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/l13146.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/l13146.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão. *O direito constitucional da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida*. São Luís, 2009. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32588-39795-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; LEITE, Flavia Piva Almeida. Direitos fundamentais à acessibilidade e à mobilidade urbana das pessoas com deficiência: uma abordagem sistêmico-autopoiética. *Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3. p. 908-933, 09 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22432>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

GUERREIRO, Elaine Maria Bessa Rebello. A acessibilidade e a educação: um direito constitucional como base para um direito social da pessoa com deficiência. *Rev. Educ. Espec.*, Santa Maria, v. 25, n. 43, p. 217-232, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://ufsm.br/revistaeducacaoespecial>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

ONU. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Nova Iorque, 13 dez. 2006.

ONU. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 09 dez. 1975. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf)>. Acesso em 09 dez. 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 09 dez. 2016

SERPA, Ana Beatriz Borges. *Acessibilidade para pessoas com deficiência e inclusão social no turismo: a experiência da cidade de Socorro – SP*. 2009. 111 p. Dissertação (Mestrado em Turismo)–Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/94238359/dissertacao-mestrado-Acessibilidade-para-Pessoas-com-Deficiencia-e-Inclusao-Social-no-Turismo-a-Experiencia-da-cidade-de-Socorro-SP-pg37>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. 2012. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-fundamentais-evolucao-historica-dos-direitos-humanos-um-longo-caminho>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

# UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ariane Zamodzki<sup>1</sup>

**Resumo:** A situação do sistema penitenciário brasileiro é de flagrante caos. As violações sistemáticas de direitos fundamentais ocorrem de forma atroz e reiterada, desencadeando continuadas denúncias do Estado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, tais violações, além de resultarem em ineficácia total da política pública aplicada, contribuem mormente para o crescimento desenfreado da violência. No presente artigo relaciona-se brevemente o sistema prisional brasileiro ao conceito de estado de coisas inconstitucional suscitado pela ADPF n. 347, destacando a motivação para o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando coibir o Estado à tomada de providências.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Sistema prisional. Violação de direitos.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representa marco significativo, eis que positiva os direitos fundamentais e estabelece o Brasil como Estado democrático de direito, instaurando caráter ideológico voltado à proteção e garantia desses direitos positivados. Entre os princípios fundamentais constitucionais, há que se destacar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, discutido neste trabalho como o principal objeto de violação por parte do Estado quando se atenta para a situação do sistema penitenciário brasileiro.

Ressalta-se que quando se discute a Execução Penal, a formulação dos princípios aplicados a esta, bem como o próprio desenvolvimento da Lei de Execuções Penais voltam-se para que a penalização se realize de forma que não haja violações de direitos à pessoa encarcerada, sendo estabelecidos os direitos mínimos garantidos a esta; seguidamente, há a busca pelo cumprimento da efetiva finalidade da pena, que consiste na reinserção e ressocialização do apenado à sociedade. Quanto à ausência da violação de direitos, é positivada à Constituição Federal a proibição de penas degradantes ou cruéis, para que se garanta a integridade física e moral daqueles que se encontram no sistema.

Contudo, de acordo com o brevemente exposto no presente trabalho, e conforme apontam dados estatísticos que engrossam com o passar dos anos, o sistema prisional brasileiro não concretiza sua previsão constitucional. O que se constata é o crescimento desenfreado da população carcerária que, deixando clara a falha na política de ressocialização, é em grande parte reincidente, além de não serem necessários dados aprofundados para que se constatem as diárias violações de direitos a que são submetidos os apenados. Destaca-se resumidamente a superlotação, a ausência de acesso à justiça, as condições insalubres, entre outros direitos que,

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; arianevolpattoz@gmail.com

apesar de garantidos constitucionalmente, na prática, além de não proporcionados, são substituídos por condições degradantes.

A Corte colombiana, destaque internacional na efetiva defesa dos direitos fundamentais, julgando caso correlato quanto às violações sistemáticas de direitos no sistema prisional, entre outras situações usurpadoras de direitos, definiu a construção jurisprudencial do “estado de coisas inconstitucional”. Este caracteriza-se quando da violação reiterada e massiva de direitos fundamentais afetando a coletividade, que são resultado de ações ou omissões de uma autoridade estatal ou de um sistema político e que acabam por desencadear a necessidade de imposição de medidas a serem tomadas para a cessação de violações.

O presente artigo introduz um breve histórico da aplicação da pena de encarceramento através do tempo para, seguidamente, relacioná-la aos direitos humanos garantidos a todos, dando enfoque especial aos direitos daqueles que se encontram em situação de privação da liberdade. Em sequência, discute-se o conceito de estado de coisas inconstitucional, bem como a introdução da discussão deste no Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF n. 347, que suscita a inconstitucionalidade contida na situação do sistema carcerário brasileiro.

## **2 DA APLICAÇÃO DA PENA**

Para que se inicie uma breve análise crítica do atual estado dos estabelecimentos prisionais brasileiros, que é tema do trabalho em questão, necessário resgatar historicamente a imposição da pena na sociedade através do tempo. A privação da liberdade não surge como a primeira alternativa de punição ao delinquente, havendo concomitante evolução às formas de sociedade e governo.

Válido destacar Bitencourt (2011), que define que “a origem da pena [...] é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade.”

Para Hobbes (2003), os homens no estado de natureza e na ausência da coerção do Estado seriam submetidos a uma vida bruta e breve na “guerra de todos contra todos”. Ideia esta refutada pela Antropologia em estudos de Hart (1961, p. 10), que afirma ser a natureza fundamental do direito o poder da sociedade em aplicar sanções ao indivíduo que comete o delito; para o autor, em toda sociedade existem regras primárias, que estabelecem direção de conduta, e regras secundárias, que consistiriam em fórmulas para que se apliquem sanções àqueles que se desviam das regras primárias.

Shirley (1987, p. 38) afirma que o direito consiste em regras sistematizadas não apenas para que uma sociedade funcione, mas para que as disputas entre indivíduos tenham resolução, para que se controlem aqueles que ameaçam a ordem e haja funcionamento na sociedade de forma geral, sendo, dessa forma, um equívoco afirmar que uma sociedade sem Estado não possui leis ou direito.

## 2.1 DO SURGIMENTO DO ENCARCERAMENTO COMO SANÇÃO

Há que se considerar que o sistema de encarceramento surge como forma de punição após diferentes períodos em que a penalidade era imposta escancaradamente sob o viés de vingança.

Oliveira (1996, p. 43-44) ressalta que os povos primitivos ignoravam as penas privativas de liberdade e prisões, utilizando-se primordialmente da pena de morte, e, quando o crime se configurava de maior gravidade, submetiam o delinquente a maiores agruras com fim de causar pânico. De acordo com a autora, a detenção, inicialmente, surge em linha histórica apenas como medida de caráter preventivo para posteriormente se imbuir caráter repressivo e se tornar penalidade.

É impossível definir precisamente as prisões da sociedade primitiva, sabendo-se apenas que, em razão da escassez de recursos, estas eram feitas em buracos ou valas, onde apodreciam os apenados em meio a vermes e animais. Apenas na sociedade cristã a prisão se delineia como sanção, sendo inicialmente aplicada em caráter temporário, e, posteriormente, adquirindo a forma de perpétua e solitária, em celas muradas. Ante o aparecimento desta houve o enfraquecimento progressivo da pena de morte, contudo se destaca que por muito tempo a pena de reclusão se manteve em caráter indeciso, sendo até mesmo aplicada de maneira acessória até atingir sua forma definitiva (OLIVEIRA, 1996, p. 45-46).

Beccaria (2003, p. 107) trouxe, em 1764, uma nova ideologia ao Direito Penal que, alinhada aos ideais iluministas, defendia a necessidade de atribuir-se um fundamento diverso à pena, fundamento de caráter utilitário, político e limitado pela moral; além de ressaltar que a pena que se configura atroz é “injusta, odiosa e inútil.” A crítica do autor aos impropérios da justiça criminal da época acabou por dar base a um movimento de contestação que invocou parâmetros ao direito de punir, à humanização da pena e à supressão da justiça teológica que vigorava na esfera criminal.

Quanto à época, destaca Carvalho (2008, p. 2):

*A incorporação da filosofia política iluminista aufere às ciências criminais modernas os princípios fundamentais do direito de punir. Note-se, p. ex., que Beccaria, ao discorrer sobre a origem das penas, entende que as leis estabeleceram as condições de reunião dos homens que viviam independentes e isolados sobre a superfície da terra. Sustenta que “só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça.”*

Oliveira (1996, p. 50-52) destaca o surgimento do Sistema da Filadélfia como um dos primeiros sistemas de aprisionamento da história, em 1790, também conhecido por pensilvânico, ou celular. Este submetia o apenado ao isolamento absoluto ou constante, devendo ser estimulado unicamente pela leitura da Bíblia. Justifica-se a entrada do apenado no encarcera-

mento para que transformasse sua alma e conseqüentemente seu comportamento, ou seja, com a finalidade de transformação da alma e do comportamento do homem.

Farias Júnior (1978) descreve minuciosamente o procedimento a que era submetido o apenado:

- a) chegava na prisão, tomava banho e era examinado pelo médico, seus olhos eram vendados e vestiam-lhe o uniforme;
- b) era encaminhado à presença do diretor onde recebia as instruções sobre a disciplina da prisão;
- c) em seguida era levado à cela, eram desvendados os olhos, e permanecia na mais absoluta solidão, dia e noite, sem cama, banco ou assento, com direito ao estritamente necessário para suportar a vida. Muitos se suicidavam. Outros ficavam loucos ou adoeciam;
- d) seu nome era substituído por número, aposto no alto da porta e no uniforme;
- e) a comida era fornecida apenas uma vez por dia, pela manhã;
- f) era proibido ver, ouvir ou falar com alguém;
- g) a ociosidade era completa;
- h) o estabelecimento penitenciário de forma radial, com muros altos e torres distribuídas em seu contorno, tinha regime celular.

Todas as críticas que envolvem o Sistema da Filadélfia giram em torno da inviabilidade de ressocialização do apenado, eis que este é submetido a isolamento absoluto e à ociosidade completa, a não ser pela leitura da Bíblia.

Oliveira (1996, p. 52-53) destaca que surge posteriormente em Nova Iorque, em oposição ao Sistema da Filadélfia, o Sistema de Auburn, que propunha regime de comunidade durante o dia e isolamento noturno. Para a autora, enquanto o primeiro sistema pretendia transformar a alma do apenado por meio do arrependimento e reflexão, este segundo sistema visava condicioná-lo pelo trabalho, disciplina e mutismo. Destaca que, apesar da tentativa, ambos apenas degeneravam o delinquente.

O cárcere acabou por se tornar a principal forma de punir no mundo, tomando diversas formas e gradações, sendo consideradas especialmente a gravidade do crime e a posição social do apenado. Vê-se, inclusive, que ainda na metade do século XIX as condições sociais eram abertamente usadas para diferenciação no sistema penal. Contudo, ao se atentar para a sociedade brasileira e para a situação atual do seu sistema penitenciário, constata-se a permanência da seletividade em classes: o cliente penal, que sofre a violação de direitos continuada em um sistema carcerário em colapso, é também o marginalizado pela sociedade.

### **3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Há expressa dificuldade em se definir com precisão o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, havendo na doutrina mais de uma definição para a expressão. Contudo,

é de plena concordância que o conceito de direitos humanos é aplicado quando se trata de direitos atribuídos à humanidade em perspectiva ampla, enquanto direitos fundamentais são os positivados por determinado ordenamento jurídico, embora ambos tenham conteúdos bastante semelhantes.

Logo, ambos podem ser considerados direitos básicos inerentes a qualquer ser humano, sem qualquer distinção perante condições específicas – humanos em perspectiva internacional, e fundamentais quando da submissão do indivíduo à uma determinada ordem jurídica. Sua diferença, portanto, pode ser considerada de fonte normativa apenas, havendo a mesma objetivação quanto ao conteúdo.

Deve-se considerar primeiramente a relatividade de tais direitos, tendo em vista que nenhum dos direitos inclusos em tal matéria é absoluto por dois principais motivos: primeiramente, pela plena possibilidade de tais direitos entrarem em conflito entre si, e em sequência, por não haver qualquer dispositivo ligado a tal direito que garanta a prática de ilícito.

Os direitos humanos e fundamentais são divididos em uma escala geracional baseada na cronologia em que tais direitos foram conquistados pelos homens, bem como na natureza destes. São divididos em direitos de primeira geração, direitos de segunda geração, direitos de terceira geração e, por fim, direitos de quarta geração. Os direitos de primeira geração são os chamados individuais ou negativos – intimamente ligados à luta dos homens pela liberdade e segurança diante do Estado, caracterizando uma proibição de abuso de poder por parte do Estado. Já os direitos de segunda geração são caracterizados como direitos sociais, baseados na noção de igualdade material, que exigem do Estado uma obrigação de fazer, fornecendo as condições mínimas aos grupos menos favorecidos.

Direitos de terceira geração são direitos difusos ou coletivos, que não pertencem a um indivíduo específico, mas à sociedade em sua totalidade, e têm origem na revolução tecnocientífica. Podem ser caracterizados por direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, entre outros. Por fim, os direitos de quarta geração são direitos que ocasionam divergência doutrinária, sendo definidos por Norberto Bobbio como relativos à engenharia genética, enquanto Paulo Bonavides os relaciona à participação democrática; e isso faz com que a importância dessa geração seja amplamente discutida.

Ressalta-se aqui a relevância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que objetivou incorporar dispositivos da Declaração Universal em forma de preceitos com caráter jurídico obrigatório. Para Piovesan (2004, p. 179), esse Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização em âmbito internacional no caso de violação aos direitos enunciados neste.

### 3.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO

No contexto de reconhecimento da importância dos direitos humanos promulgou-se a Constituição Federal de 1988 que, de caráter ideológico e doutrinariamente protecionista aos

direitos fundamentais, consagra, entre eles, o mais amplo e de clara importância: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De acordo com Sarlet (2001, p. 60):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda que o Princípio exposto seja relativizado, possui um núcleo que primordialmente deve ser preservado, de forma que se estabelecem limites, inclusive, à atuação estatal e ao *ius puniendi* do Estado. Todos os princípios penais fundamentais encontram sua limitação no núcleo inviolável da Dignidade da Pessoa Humana, fazendo com que dessa forma a pretensão punitiva do Estado esteja adequada aos princípios de um Estado Democrático de Direito, tanto que os direitos básicos do apenado estão expressamente previstos na Lei de Execuções Penais, de forma que a este seja garantida a pena com o objetivo de ressocialização e prevenção de criminalidade.

O que ocorre, contudo, e se discute no presente artigo é a constante violação de direitos por parte da conduta renitente do Estado em relação à situação subumana do sistema penitenciário brasileiro. Conforme dispõe Dassi (2014): “No panorama brasileiro, o estado desordenado do sistema carcerário constitui-se mais um dos efeitos da falência dos paradigmas da modernidade. A prisão serve tão-somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade.”

Logo, além de não atingir os objetivos mínimos propostos quanto à pena privativa de liberdade, o Estado brasileiro estende por décadas violações contínuas aos direitos fundamentais dos apenados.

#### **4 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Vê-se que, no que se refere ao Direito Penal, quando da aplicação das penas privativas de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que traz a necessidade da humanidade na pena. Ainda que a Constituição Federal de 1988 traga imediata aplicabilidade do princípio em questão, e que a Lei de Execução Penal seja considerada uma das mais avançadas da contemporaneidade, há clara deturpação em sua aplicação, eis que a situação carcerária brasileira se agravou a ponto de se suscitar o Estado de Coisas Inconstitucional.

De acordo com Rios (2012), o Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado como um conjunto de fatos, ações ou omissões que desencadeiam a violação massiva de direitos fundamentais, podendo esse conjunto ser proveniente somente de uma autoridade pública que a partir de uma conduta viola constantemente o direito fundamental, ou, ainda, partir de um

problema estrutural sem conexão com uma autoridade em particular, mas haver na organização e funcionamento do Estado o resultado de violação de direitos.

Já Santiago (2014) destaca que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser considerado como último recurso ao alcance do Tribunal para que se resolvam ou previnam problemas sociais de extrema relevância que estão relacionados à violação continuada de direitos fundamentais.

Suscitada inicialmente por um dos tribunais constitucionais com maior relevância quanto à defesa de Direitos Humanos em todo o mundo, a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser considerada uma técnica para que se enfrentem violações graves e sistemáticas da Carta Maior que desencadeiem falhas em políticas públicas e que exijam a contrapartida em providências de autoridades públicas.

#### 4.1 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL APLICÁVEL AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Tema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que figura como *amicus curiae* a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, o sistema penitenciário brasileiro há muito impõe àqueles que lhe são clientes condições sub-humanas de sobrevivência. Contudo, o crescimento do encarceramento e o fato de figurar o Brasil como o quarto país em número de aprisionados trouxeram o sistema a quadro de flagrante insustentabilidade e descontrole estatal. O estado de coisas inconstitucional quanto ao sistema prisional, apreciado na ADPF n. 347, é o marco inicial dessa discussão no Brasil e, carente de aprofundamento teórico, baseia-se primordialmente na decisão do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação dos pedidos em medida cautelar pleiteados na petição inicial pelo PSOL.

Da petição inicial constante à ADPF n. 347, extrai-se:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra o preso são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. (BRASIL, 2015).

Assistem razão ao alegado na ADPF referida, eis que constantes ao relatório final da CPI do Sistema Penitenciário, concluso em 2008, todas as atrocidades do sistema penitenciário brasileiro, existindo um sem-número de violações de direitos que podem ser constatadas com a simples leitura dos subtítulos do Capítulo V do referido documento:

01. Falta de Assistência Material; 02. Acomodações: Caso de Polícia; 03. Higiene: Não existe nas Cadeias; 04. Vestuário: Nudez Absoluta; 05. Alimentação: Fome, Corrupção e Comida no Saco; 06. Assistência à Saúde: Dor e Doenças; 07. Assistência Médica: Falta Tudo; 08. Assistência Farmacêutica: Um só remédio para todas as doenças; 09. Assistência Odontológica: Extrai Dente Bom no Lugar do Estragado; 10. Assistência Psicológica: Fábrica de Loucos; 11. Assistência Jurídica: Nó Cego a ser Desatado; 12. Assistência

Educacional: Ignorância como Princípio; 13. Assistência Social: Abandono e Desespero; 14. Assistência ao Egresso: Feras Soltas nas Ruas; 15. Assistência Religiosa: Só deus não salva; 16. Superlotação: Inferno em carne viva; 17. Trabalho: O Ócio Subsidiado; 18. Comércio: Exploração da Miséria; 19. Contato com o Mundo Exterior: Isolamento; 20. Água e Luz: Uma esmola de cada vez; 21. Sem sol, sem ventilação, na escuridão; 22. Tortura e Maus Tratos: Agonia Todo Dia; 23. Admissão, Avaliação e Registro de Peso; 24. Individualização da Pena: “Misturão” de Presos. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Ante essas violações que já se configuraram massivas e continuadas a direitos fundamentais é que a ADPF n. 347 se insurge requerendo a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Campos (2015), quanto ao cenário brasileiro, destaca que as decisões do STF que adotarem o conceito em questão deverão ser carregadas de flexibilidade, determinando a regulamentação e implementação de políticas públicas, mas deixando o encargo de definir conteúdo e meio aos poderes políticos.

Vieira Júnior (2015), com base na ADPF n. 347, destacou a preocupação com a necessidade de se fixarem balizas normativas para a atuação da Corte, visando evitar a violação de poderes, referindo-se, ainda, ao instituto do “compromisso significativo” que, construído pela Corte Constitucional da África do Sul, traz como primordial a resolução de forma compartilhada entre poderes e sociedade, a fim de alcançar a segurança dos direitos fundamentais em questão.

Da decisão liminar da ADPF n. 347, extraem-se a determinação de realização no prazo máximo de 90 dias de audiências de custódia, fazendo com que seja viabilizado o comparecimento do preso em juízo em prazo máximo de 24 horas, para que se cumpra o disposto aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e a liberação pela União do saldo do Fundo Penitenciário Nacional, para que se utilize na finalidade para a qual foi criado.

O Estado brasileiro sofre continuadas denúncias relativas ao estado do sistema carcerário à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, necessitando, após descumprimento de medidas determinadas, o encaminhamento das denúncias à Corte. Contudo, episódios recentes trouxeram à voga a situação insustentável do sistema penitenciário brasileiro, desencadeando decisão inédita da Corte Interamericana de Direitos Humanos – esta condensou quatro casos de violação em presídios brasileiros em um único caso. Estes dizem respeito aos complexos penitenciários de Curado, em Pernambuco, de Pedrinhas, no Maranhão, do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro e da Unidade de Internação Socioeducativa, no Espírito Santo.

A decisão da Corte, assinada pelo presidente do órgão Eduardo Ferrer Mac-Gregor, fundamentou-se na distância geográfica entre tais estabelecimentos e seu pertencimento a distintas regiões do País, o que acaba por evidenciar que se trata de fenômeno de maior extensão. O Estado brasileiro foi intimado a responder 52 perguntas sobre a situação do sistema penitenciário, sendo requeridos dados que vão desde estatísticas acerca de óbitos dentro de unidades até a corrupção sistemática que envolve a estrutura.

## 5 CONCLUSÃO

Inicialmente, há que se destacar a situação alarmante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, bem como a renitência do Estado no descumprimento de preceitos fundamentais, sendo alvo de reiteradas denúncias à Corte Internacional, sem, contudo, adotar qualquer medida de urgência visando à pronta solução da situação. Deve-se atentar para o fato de que essa população já se encontra à margem da sociedade, e, comprovadamente, a política pública que se aplica não é eficiente para o fim buscado – a violência continua em crescimento progressivo.

A clara omissão estatal ante a situação em tela desencadeia a violação continuada e massiva de direitos fundamentais dos apenados, direitos estes que são garantidos constitucionalmente e que, se violados, não somente implicam a afetação do universo individual destes, mas refletem diretamente na sociedade, eis que têm efeito direto na ineficácia de políticas públicas de interesse geral.

O questionamento acerca da possibilidade de uma decisão do Supremo Tribunal Federal de fato declarando o estado de coisas inconstitucional levanta a hipótese de intervenção a fim de cessar o quadro de violações e garantir os direitos previstos constitucionalmente aos encarcerados.

A experiência internacional, embora de pouco efeito, pode ser fundamental para parâmetro e adequação a uma eventual decisão brasileira. Primordialmente, devem ser aprofundados os estudos a respeito da questão, para que as medidas estabelecidas sejam de fato as necessárias. Ainda, não são apenas as mudanças estruturais, mas as efetivas garantias que devem ser proporcionadas ao apenado, como assistência judiciária, médica e odontológica e condição de reinserção social pelo estudo ou trabalho. Veja-se, não se fala tão somente em proporcionar a condição estrutural, mas em alterar a política prisional de forma que a reinserção social seja de fato realidade ao egresso.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte geral 1*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. 2008. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Órgão Julgador: Plenário. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 maio 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *CPI Sistema Carcerário*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi\\_sistema\\_carcerario%20\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20(1).pdf)>. Acesso em: 17 maio 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. 245 p. Tese (Doutorado em Direito Público)–Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12487042/Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional](https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional)>. Acesso em: 17 maio 2017.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 23., 2014. *Anais...* João Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria\\_angeli-ca\\_lacerda\\_marin\\_dassi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angeli-ca_lacerda_marin_dassi.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2017.

FARIAS JUNIOR, João. *A ineficácia da pena de prisão e o sistema ideal de recuperação do delinquente*. Rio de Janeiro: Carioca, 1978.

HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. 3. ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1996.

RIOS, Luis Carlos Alzate. *El Estado de Cosas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/...>> Acesso em: 18 maio 2017.

SANTIAGO, Alfonso. El alcance del controle judicial de razonabilidad de las politicas publicas – perspectiva argentina e comparada. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá: Konrad Adenaur Stiftung, n. 20, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHIRLEY, Robert Weaver *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 18 maio 2017.

# UMA RELEITURA DO INSTITUTO DA COAUTORIA FUNCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Juliano dos Santos Seger<sup>1</sup>

Renata Wagner Valber<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo versa sobre tema de Direito Penal, com aporte constitucional, consistente nas repercussões do princípio da individualização da pena no contexto da denominada coautoria funcional. A proposta investigativa, orientada por método lógico-dedutivo, pretende apresentar as noções gerais sobre a garantia constitucional da individualização da resposta ao delito e da construção doutrinária e jurisprudencial em torno do instituto da coautoria funcional, segundo a qual, na articulação intersubjetiva com distribuições de funções essenciais para o alcance do resultado delituoso, todos os colaboradores são tomados como coautores do crime e, por conseguinte, incorrem nas mesmas penas. Questiona-se, nesse contexto, se esse instituto condiz com o primado constitucional da individualização da pena.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Penal. Individualização da pena. Concurso de pessoas. Coautoria funcional.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito penal tem significativa parcela de seus princípios e regras elevados ao plano constitucional, na medida em que grande gama de direitos fundamentais estão associados à esfera jurídico-punitiva estatal, que afeta diretamente os direitos do indivíduo. Entre essa verdadeira trincheira de garantias individuais frente ao aparato punitivo do Estado destaca-se, neste estudo, o princípio da individualização da pena, especialmente suas repercussões no âmbito do concurso de pessoas.

O problema deste ensaio, que de certa forma contribui para a delimitação do tema, consiste na indagação acerca da compatibilidade entre o instituto da coautoria funcional, construção pretoriana que pune todos os envolvidos na prática delitiva em razão da colaboração funcional que cada qual presta ao êxito da empreitada comum, e o princípio constitucional, que veda o tratamento em massa no direito penal, ou seja, proíbe a punição padronizada.

A importância da temática tem sua particularidade nos dias atuais em razão da criminalidade em massa verificada no contexto dos crimes patrimoniais, em que, no mais das vezes, diversos indivíduos associam-se, ainda que eventualmente, para garantir o êxito da investida

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professor de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777 D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; julianoseger@mp.rs.gov.br

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; renatavalber@hotmail.com

criminosa, articulando-se entre si com nítida distribuição de funções para o alcance do proveito criminoso.

O roteiro da pesquisa procura reunir as noções elementares do princípio da individualização da pena, apontar as teorias de base da matéria do concurso de pessoas, apresentar a opção legislativa sobre o assunto, discorrer sobre os conceitos de autor e coautor e, enfim, examinar em que circunstâncias a jurisprudência pátria tem reconhecido o instituto da coautoria funcional.

## 2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Segundo Boschi (2013, p. 53), a individualização “previne o tratamento em massa em direito penal.” Enquanto o princípio da legalidade restringe o poder de punir confiado ao Estado às margens legais de cominação de pena, vedando a pena fora da lei, o princípio da individualização da pena impõe ao legislador a criação de mecanismos que permitam variações dentro dessas margens, para que a pena seja compatibilizada às circunstâncias do caso concreto.

A individualização da pena – justa e adequada sanção penal – inicia-se no campo legislativo, quando se estabelece a consequência jurídica de cada hipótese de delito, com seus limites mínimo e máximo, atribuindo-lhe, pois, o caráter de individualidade. Considerando-se o valor atribuído ao bem jurídico tutelado, o legislador comina a natureza e a quantidade de pena. Isso pode ser visualizado, por exemplo, na punição estabelecida para o homicídio (tutela da vida) e para o furto (tutela do patrimônio), bem mais severa no primeiro caso, dada a magnitude dos bens jurídicos.

Contudo, a ideia de que “a lei regulará a individualização da pena” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVI) (BRASIL, 1988), equacionando as sanções em conformidade com as respectivas condutas ofensivas a bens jurídicos, não se esgota por aí. O princípio da individualização da pena apresenta três esferas de aplicabilidade. Inicia-se sua aplicação no âmbito legislativo, com a cominação equânime das penas, em abstrato, passando pela aplicação judicial individualizada e, por fim, concretizando-se na execução igualmente voltada para o indivíduo que cumpre a pena.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já se pronunciou nesse sentido de que o processo de individualização da pena “é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo.” (HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010).

A maior carga normativa do princípio se revela no campo da aplicação concreta da pena, judicialmente realizada. No momento da sentença condenatória, por assim dizer, emerge com toda força o ideal de adequação da resposta penal às peculiaridades do caso concreto, com o ajuste da hipótese punitiva abstrata à singularidade concreta de cada crime. Individualizar, nesse contexto, significa ajustar a pena abstratamente cominada às particularidades e nuances do

caso penal concreto, estabelecendo a resposta reputada justa, proporcional ou razoável, o que se aproxima da ideia de proporcionalidade.

Nesse contexto, o princípio da individualização guarda estreita relação com o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal, artigo 93, inciso IX), pois a tarefa de particularizar a aplicação da pena em consonância com as vicissitudes do caso concreto por certo demanda que se externem os motivos de maior ou menor quantidade de pena. Individualizar a pena, pois, exige a fundamentação do passo a passo seguido até a concretização da reprimenda, de acordo com as circunstâncias objetivas do fato e as condições pessoais do autor.

No que tange ao enfoque do presente estudo, nota-se que, em sede de concurso de pessoas, a noção de pena individualizada se entrelaça às concepções acerca do fenômeno delitivo, gerando a necessidade de equalizar diferentes formas de explicação da colaboração interpessoal para o crime e, por conseguinte, distintos postulados para a resposta penal à codelinquência. Isso demanda a análise das teorias de base da matéria doravante desenvolvida.

### **3 TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS**

A análise do fenômeno delitivo, em se tratando de colaboração intersubjetiva para sua prática, pode ocorrer de formas variadas, conforme se enfoque o “conjunto da obra” comum, como um todo unitário, ou se observe a colaboração de cada envolvido, individualmente considerada, havendo ainda a possibilidade de um meio-termo. Nesse contexto, seguem os postulados das principais teorias acerca da matéria.

#### **3.1 TEORIA MONISTA**

A teoria monista, igualitária ou unitária compreende a concepção tradicional, em que explicita que como o crime é único e indivisível, assim também é a responsabilização de todos os agentes que o praticaram: são “todos autores (ou coautores) do crime.” (MIRABETE, 2000, p. 226). Nessa perspectiva, todos os que fazem parte da infração penal cometem idêntico crime, ainda que haja pluralidade de agentes com diversidade de condutas (NUCCI, 2008, p. 352).

A concepção monista tem o mesmo aporte da teoria da equivalência das condições, utilizada para definir a relação de causalidade. Todos os que concorrem para o delito respondem pelo seu resultado, entendendo-se que “todos e cada um, sem distinção, são responsáveis pela produção do resultado.” (CUNHA, 2015, p. 145).

De modo sucinto, poder-se-ia concluir que a teoria monista, em sua inteireza de conceito, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, pois, ao não distinguir as diferentes contribuições para o crime, acaba defendendo a punição uniforme de todos os

envolvidos. Apesar disso, essa teoria é tomada como regra do atual ordenamento jurídico, consoante o item 25 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, atualmente em vigor:

Contudo, o próprio Código traz algumas flexibilizações, à medida que diferencia certas modalidades de participação e lhes atribui consequências singulares. Todos respondem pelo crime praticado, porém de acordo com o grau de culpabilidade, ou seja, respondem na medida de sua participação (Código Penal, artigo 29, *caput*) (BRASIL, 1940). Na participação de some-nos, a qual leva em conta, no momento de aplicar a pena, a importância da participação do agente, a conduta de menor importância pode ter redução da pena de um sexto a um terço (Código Penal, artigo 29, parágrafo 1º).

Enfim, a observação de Magalhães Noronha (2003, p. 214) se faz oportuna. Ao adotar a teoria unitária ou monística, o Código equipara, em um primeiro momento, todos os que inter-vêm no delito, quem de qualquer modo concorre para ele, mas as fórmulas pelas quais a punição de cada um se condiciona pelo grau de culpabilidade mitigam os efeitos da teoria. A legislação não diz que todos os concorrentes no crime são autores, mas, sim, que todos respondem pelo resultado, na medida de sua participação.

### 3.2 TEORIA PLURALÍSTICA

A teoria pluralística defende que “havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, ainda que provocando somente um resultado, cada agente responde por um delito.” (NUCCI, 2008, p. 352). Dessa forma, têm-se vários delitos ligados por uma relação de causalidade, mas a pluralidade de delitos significa que cada pessoa responderá por um crime próprio, autônomo. Nesse ponto, visualiza-se a falha dessa concepção: as condutas de cada agente não são e nem podem ser consideradas autônomas, vez que convergem para uma ação única, com objetivo e resultado comuns.

Não obstante, por exceção, o Código Penal adota essa teoria na cooperação dolosa distinta (artigo 29, parágrafo 2º). Também ao incriminar o aborto. O artigo 124 tipifica a conduta da gestante que permite o aborto, dando-se forma própria de punição, ao passo que o artigo 126 tipifica a conduta do agente provocador do aborto, com consentimento da gestante, o qual responde penalmente de outra forma, não obstante ambos tenham se envolvido no mesmo crime de aborto.

### 3.3 TEORIA DUALÍSTICA

Para a teoria dualística, mesmo diante de resultado fruto da colaboração intersubjetiva, haveria dois tipos de conduta: a ação primária, do autor e do coautor, e a ação secundária, do partícipe. A conduta dos autores e coautores simplifica-se naquela principal, no verbo da ação delituosa (no homicídio é quem mata, no furto é quem subtrai), e a conduta dos partícipes é aquela acessória, importante para a prática, mas não sem a qual seria impossível o delito, não praticando a ação nuclear descrita no tipo penal. Importante lembrar que “o crime é só um fato

e que, por vezes, a ação do executor é menos importante que a do partícipe.” (MIRABETE, 2000, p. 226).

Essa disputa teórica demonstra o quanto o assunto levanta possibilidades de discussão, e, a julgar pela forma como o ordenamento jurídico brasileiro regula a matéria, pode-se perceber o quanto cada teoria se apresenta viva na Legislação pátria. A teoria monística, pela qual se consideram indistintamente autores todos os envolvidos na prática delituosa, serve de teoria de base, adotada no artigo 29 do Código Penal, com as mitigações antes referidas.

A teoria pluralística, que considera a conduta de cada envolvido como crime próprio e, por conseguinte, distingue-a das respectivas condutas dos demais envolvidos, também ganha evidência na colaboração dolosa distinta, conforme artigo 29, parágrafo 2º do Código Penal, no citado caso do aborto consentido, entre outros.

A teoria dualista, que considera autores os executores de atos típicos ou condutas principais, e partícipes aqueles que contribuem de forma acessória, por meio de condutas secundárias, serve de critério para a definição da diferença entre coautoria e participação e, assim, e para a identificação dos casos de participação de somenos, consoante artigo 29, parágrafo 1º do Código Penal, com outras contribuições teóricas adiante analisadas.

Enfim, nota-se que a opção pelo modelo monista, que poderia levar ao extremo da pena padronizada, acabou sendo compatibilizado ao sistema de pena individualizada, primeiro, com a previsão de graduação da pena de acordo com a medida da culpabilidade de cada envolvido; segundo, com a redução de pena na participação de menor importância; terceiro, com a exceção pluralista verificada na cooperação dolosa distinta e no citado caso específico, do aborto consentido.

Assentadas as premissas teóricas que fundamentam a matéria e apontada a opção do ordenamento jurídico brasileiro por um sistema de individualização da pena, conclui-se parcialmente que existe um modelo legislativo que permite separar as diferentes formas de colaboração intersubjetiva para o delito. Cumpre, agora, identificar os diferentes conceitos de autor e coautor para, enfim, enfrentar o questionamento acerca do instituto da coautoria funcional.

#### **4 CONCEITO DE AUTORIA E COAUTORIA**

O conceito de autor e coautor apresenta variáveis, conforme os diferentes marcos teóricos analisados. A concepção unitária, teoria geral do concurso de pessoas, defende que todos os que praticam ou participam na prática do delito são autores, sem qualquer distinção entre eles, pouco importando a medida de sua culpabilidade. Qualquer contribuição ao delito coloca o sujeito na condição de autor, portanto.

A teoria extensiva do conceito de autor leva na prática a ideia básica da teoria da equivalência das condições, a qual diz que tudo o que contribui para o resultado é considerado causa. Assim, “todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado é considerado autor.” (BITTENCOURT, 2014, p. 554). Desta forma, segundo a linha de pensamento com base na teoria

do *conditio sine quo non*, autor é todo aquele que coopera para a prática do delito, impondo uma condição para tal (PRADO, 2010, p. 466).

Importante destacar que a teoria extensiva, apesar de não prever distinção alguma entre autor e partícipe, admite diferentes graus de autoria, com previsão de diminuição no cumprimento da pena conforme a importância da participação na prática do delito (CUNHA, 2015, p. 141).

A teoria restritiva, por sua vez, limita o alcance do conceito de autor, conforme diversos critérios que permitem distinguir a figura do partícipe e, por conseguinte, dispensar tratamento diferenciado na aplicação da pena. Os critérios objetivo-formal, objetivo-material, final e funcional, que procuram estabelecer essa distinção, passam a ser analisados.

#### 4.1 CRITÉRIO OBJETIVO-FORMAL

De acordo com o critério objetivo-formal, “o coautor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica; quanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte mental para a concretização do crime.” (NUCCI, 2008, p. 353). Assim, quem pratica o verbo da ação típica penal é considerado autor: no caso de homicídio quem atira contra a vítima, matando-a; por outro lado, a posição de suporte ou acessório para a ação é do partícipe: por exemplo, o motorista que dirige o carro na fuga depois de realizado o delito.

#### 4.2 CRITÉRIO OBJETIVO-MATERIAL

O critério objetivo-material classifica como coautor o agente que tem maior contribuição para a realização do tipo penal, ainda que não tenha praticado ação nuclear típica. Nesse caso, ficaria ao partícipe a função de concorrer de forma menos efetiva para a realização do resultado, ainda que sua participação tenha sido praticar o verbo do tipo penal. Dessa forma, há o que se dizer de maior gravidade da conduta, sendo o autor ou coautor a causa e o partícipe a condição do evento típico (PRADO, 2010, p. 468-469).

Tal critério busca considerar a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe. Porém, a desconsideração do aspecto subjetivo e a tentativa de estabelecer diferenças objetivo-materiais com base na causalidade conduziram essa linha de raciocínio ao fracasso. A dificuldade prática de distinguir causas mais ou menos importantes levou a doutrina alemã a abandonar o critério objetivo-material e a adotar expressamente a concepção restritiva de autor, sob o critério formal-objetivo (BITENCOURT, 2012).

#### 4.3 CRITÉRIO FINAL

O critério final, também chamado de teoria normativa ou teoria do domínio do fato, denomina autor ou coautor “quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais.” (NUCCI, 2008, p. 353). Em outras palavras, autor é o agente que realiza a arquitetura mental para a prática do delito, sendo este o que possui o domínio de todas as

ações típicas. Dessa forma, resta ao partícipe ser aquele que “contribui para o delito alheio, sem realizar figura típica, nem tampouco dominar a ação.” (NUCCI, 2008, p. 353). Essa ideia se revela, por exemplo, no caso de um chefe de grupo de justiceiros que ordene uma execução, sendo autor, e um coautor que diretamente execute a ordem.

#### 4.4 CRITÉRIO FUNCIONAL

O critério funcional concebe a figura do autor como aquele que faz a articulação necessária para a realização do tipo penal. Dessa forma, dependendo do caso, não haverá partícipes. Todo aquele que contribua de forma efetiva e indispensável para ocasionar o resultado tem a conduta de coautor. Como extensão da concepção da teoria do domínio do fato, tal situação ocorre quando diversas pessoas, unidas por um vínculo subjetivo, decidem praticar o mesmo tipo penal.

Assim, a coautoria é autoria: sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem, possuindo as qualidades pessoais de autor, é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito.

#### 5 COAUTORIA FUNCIONAL

Imagine-se que várias pessoas, pretendendo subtrair coisas móveis alheias, reúnam-se para, juntas, cometerem o crime patrimonial, com ou sem violência ou grave ameaça. Unidas pelo elo subjetivo de colaboração, passam elas a articular a contribuição efetiva de cada envolvido para o êxito da empreitada criminosa. Efetivos autores da subtração, motoristas, vigias responsáveis pelo monitoramento das imediações do local do fato, enfim, vários atores da cena criminosa atuando de forma orquestrada.

A ideia dualista, segundo a qual haveria um crime para executores de ações principais, e outro para quem participe mediante a prática de ações acessórias, levaria à conclusão no sentido de que o motorista da fuga seria mero partícipe da ação criminosa assim levada a efeito. Contudo, tal leitura não se mostra condizente com o posicionamento adotado em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Embora se afirme que a teoria do domínio do fato somente teria sentido em legislações que adotam nítida diferenciação entre autor e partícipe e, por conseguinte, obrigam o juiz a fixar sanções menores aos últimos, alguns reflexos de seus postulados nos julgados da Corte Superior demonstram a relevância da teoria na jurisprudência pátria.

O colendo Tribunal, ao assentar a responsabilidade de cada envolvido em delito de roubo cometido em concurso de pessoas, reconheceu a condição de coautor, e não mero partícipe, ao acusado que na divisão de trabalho (a saber, fuga do local do crime) possuía o domínio funcional do fato, pois seu papel, previamente definido, mostra-se importante e necessário para a

realização da infração penal (HC 30.503/SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 18/10/2005).

Em outro caso, de latrocínio, pronunciou-se no sentido de que o motorista que leva os coautores ao local do delito, após combinar a prática do roubo com arma de fogo contra caminhoneiro, e os aguarda no local para fazer as vezes de batedor ou, então, para auxiliar em eventual fuga, “realiza com a sua conduta o quadro que, na dicção da doutrina hodierna, se denomina de coautoria funcional.” (HC 20.819/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/05/2002).

Com isso, percebe-se que a visão da colaboração dos agentes envolvidos no evento delituoso, em ações que se complementam funcionalmente, aliada ao elo subjetivo que os une no contexto da coordenada empreitada delituosa, faz regresso à concepção unitária, a partir da teoria do domínio funcional do fato, para tratar todos os envolvidos como coautores funcionais e, assim, fazer com que respondam pelas mesmas penas cominadas ao delito.

Em última análise, a opção pela teoria da coautoria funcional, em casos como os citados, consolida os postulados da teoria monista e o conceito extensivo de autor, que não admite distinções entre autores e partícipes. Assim, em certa medida, fica restringido o alcance normativo do princípio da individualização da pena, que somente não perde totalmente seu âmbito de abrangência porque cada envolvido, a teor do disposto no artigo 29, *caput*, do Código Penal, responde na medida de sua culpabilidade.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal, em matéria de aplicação da pena, adota o sistema de individualização, segundo o qual a legislação deve assegurar um conjunto normativo que permita aproximar a resposta ao delito, o máximo possível, das particularidades do fato delituoso cometido. Isso significa que, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, veda-se o tratamento em massa ou algo que implique a imposição de penas padronizadas.

Os reflexos do princípio da individualização da pena podem ser identificados no plano legislativo, em que se impõe a criação de múltiplas hipóteses fáticas e respectivas consequências jurídicas, no plano judicial, no qual ocorre a efetiva compatibilização das normas com os detalhes do caso concreto, e no plano executivo, responsável pela execução da pena imposta na sentença condenatória.

As repercussões desse princípio também se apresentam em sede de concurso de pessoas, assim entendida a situação em que diversas pessoas colaboram para a prática de um mesmo crime, intersubjetivamente ajustado, cada qual prestando sua parcela de contribuição para o evento delituoso. A distinção entre cada colaboração se faz necessária para dar o máximo alcance à disposição constitucional segundo a qual a lei individualizará a aplicação da pena.

A codelinquência, a teor do disposto no artigo 29 do Código Penal, tem como teoria de base a concepção unitária, segundo a qual todos os envolvidos no crime respondem pelas penas a ele cominadas. Tal ponto de partida, levado à risca, implicaria em sério obstáculo ao primado

individualizador da resposta penal, não fosse a flexibilização prevista no *caput* do dispositivo, segundo o qual a reprimenda deve ser ajustada na medida da culpabilidade.

Outra mitigação à teoria unitária se verifica na denominada participação de somenos, em que, ao partícipe ou executor de conduta meramente acessória, permite-se a redução da pena, conforme o primeiro parágrafo do dispositivo, como forma de dispensar-lhe tratamento diferenciado, de acordo com o nível de interferência ou colaboração para a prática delituosa.

O primado unitário ainda sofre diversas exceções na Legislação brasileira, a começar pela colaboração dolosa distinta, prevista no parágrafo 2º do artigo 29 do Código Penal, e em casos como o aborto consentido, em que gestante e agente provocador do abortamento respondem por crimes diferentes, nos termos dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Nesse contexto, também se sobrepõem os conceitos restritivos de autor, que buscam atribuir uma diferenciação entre autores e partícipes com base em diversos critérios. Objetivamente, considera-se autor quem pratica atos típicos do delito (critério objetivo-formal) ou quem presta maior contribuição fática para o alcance do resultado (critério objetivo-material).

Observa-se a contribuição finalística de cada envolvido, entende-se por autor todo aquele que possui domínio final do fato, ou seja, interfere nos destinos da empreitada delituosa comum (critério final). Como extensão dessa linha de pensamento, surge o critério funcional, que considera autor aquele que, com sua conduta, contribui de forma essencial para os desdobramentos que levam ao resultado pretendido pelos codelinquentes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta julgamentos, em ambas as turmas com competência em matéria penal, no sentido de que os envolvidos na prática delituosa são igualmente responsáveis pelo conjunto da obra comum quando a colaboração de cada um se mostre essencial para o êxito do evento delituoso, a exemplo do motorista que contribui para a fuga do local do fato.

Esse entendimento, em um primeiro momento, remete aos postulados da teoria unitária da codelinquência, que inviabiliza a distinção dos envolvidos no concurso de pessoas, indo de encontro aos primados do princípio da individualização da pena. Resta observar que o princípio não sofre inteira interferência em seu alcance normativo somente porque a legislação determina que, na colaboração delitiva, a pena deve ser aplicada na medida da culpabilidade.

Assim, o instituto da coautoria funcional, por mais que considere de forma aberta todos os envolvidos no crime como coautores, diante da colaboração essencial para o evento comumente desejado, não afasta totalmente a eficácia normativa do princípio da individualização da pena, pois permanece aberta ao julgador a possibilidade de avaliar a relevância de cada conduta para o êxito da empreitada delituosa e, assim, aplicar a pena na medida da culpabilidade de cada um dos envolvidos.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *A teoria do domínio do fato e a autoria colateral*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, nov. 2012. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral#\\_ftnref15](http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral#_ftnref15)>. Acesso em: 14 maio 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, volume 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 08 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal: volume 1*. 37. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP*, vol. 1. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*, vol. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.