

# DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO I



VIII  
SIACRID

SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO



ORGS.

ADRIANO ARANÃO

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

JOÃO EDER FURLAN FERREIRA DE SOUZA

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Adriano Aranão, Arthur Ramos do Nascimento & João Eder Furlan Ferreira de Souza  
(Orgs.)

Edinilson Donisete Machado  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

**Comissão Científica do VIII SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)  
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)  
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)  
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)  
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)  
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)  
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)  
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP – Ribeirão)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Direito Constitucional Contemporâneo I / Adriano Aranão,  
Arthur Ramos do Nascimento & João Eder Furlan Ferreira de  
Souza, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2018.  
(Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do  
Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-66-1

1. Direito Constitucional Contemporâneo I / Adriano Aranão,  
Arthur Ramos do Nascimento & João Eder Furlan Ferreira de  
Souza

CDU-342.7

**Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional  
Contemporâneo I.

342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná

## SUMÁRIO

<b>A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DAS MINORIAS SEXUAIS E O PAPEL PROTAGÔNICO (IN) DESEJADO DO STF</b>	<b>5</b>
Rafael SALATINI Heloísa Helena Silva PANCOTTI	
<b>A REFORMA TRABALHISTA E A SUPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS HORAS <i>IN ITINERE</i></b>	<b>24</b>
Alfeu Paulo da SILVA JÚNIOR Letícia da Silva BELUZIO	
<b>AS IMPLICAÇÕES NO DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM RAZÃO DO DIREITO E EXERCÍCIO DA VONTADE PARENTAL</b>	<b>45</b>
Patricia Martins GARCIA Dirceu Pereira SIQUEIRA	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO</b>	<b>59</b>
Marcela PRADELLA	
<b>DIREITO À DESCONEXÃO: A TUTELA DOS TELETRABALHADORES</b>	<b>72</b>
Beatriz Vieira MUCHON Hugo Crivilim AGUDO	
<b>DIREITO DE GREVE À CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES AO EXERCÍCIO</b>	<b>91</b>
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA Lucas MANGOLIN ALVES	
<b>DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA INTERPRETAÇÃO SOB A ÓTICA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815/2015</b>	<b>106</b>
Vanessa Nunes PEREIRA João Guilherme Ribeiro GARCIA	
<b>GREVE DOS CAMINHONEIROS: UMA COLISÃO DE LIBERDADES</b>	<b>131</b>
Hellen Luana de SOUZA Daniela Lucca ROCHA	
<b>O TJ/SP E O CASO DA LAQUEADURA: OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL O DIREITO À SAÚDE, E A INTERFERÊNCIA JUDICIAL</b>	<b>145</b>
Beatriz Casagrande FORTUNATO	
<b>O DIREITO À EDUCAÇÃO NA BASE NACIONAL COMUM CURRICULAR (BNCC) E A ABSTRAÇÃO DA DIFERENÇA: AFERIÇÃO SOBRE SUA (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL</b>	<b>162</b>

Andreia Garcia MARTIN  
Renan Dias ALVES

**PAIS E FILHOS, UMA ANÁLISE DO DIREITO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL  
NO CONTEXTO MODERNO**

**187**

Matheus Conde PIRES  
Laísa Fernanda CAMPIDELLI

# A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DAS MINORIAS SEXUAIS E O PAPEL PROTAGÔNICO (IN) DESEJADO DO STF

Rafael SALATINI<sup>1</sup>  
Heloísa Helena Silva PANCOTTI<sup>2</sup>

## RESUMO

A história da construção da cidadania das minorias sexuais está permeada pelo uso de regulações legais discriminatórias que por vezes criminalizaram a prática das relações sexuais homoafetivas. A autopercepção do sexo é apenas uma das dimensões que compõem a complexidade do humano e suas singularidades. Os indivíduos desviantes da orientação binária heteronormativa ainda hoje tem dificuldades em alcançar a cidadania plena em um Estado *welfarista* comprometido com o bem estar social e que veda condutas discriminatórias de qualquer natureza. No sistema legal brasileiro, lacunas e inconsistências legais entre os vários níveis normativos produzem discrepâncias que tem levado ao Judiciários pleitos por reconhecimento identitário e reivindicações por direitos iguais que teoricamente encontram-se assegurados constitucionalmente, mas sem efetividade. Decorre o surgimento de super poder judiciário protagônico e ativista que abala o equilíbrio da organização tripartite do Estado. Para tanto será utilizado o método indutivo e a pesquisa bibliográfica para o desenvolvimento do estudo ora apresentado.

**PALAVRAS-CHAVE:** cidadania, homossexualidade, ativismo, STF.

## ABSTRACT

The history of the citizenship construction of the sexual minorities is permeated by the use of discriminatory legal regulations that at times criminalized the practice of homosexual relationships. Self-perception of sex is only one of the multiple dimensions that make up the complexity of the human and its singularities. Deviant individuals from heteronormative binary orientation still find it difficult to achieve full citizenship in a welfarist state committed to social vindications and which prohibits discriminatory conduct of any kind. In the Brazilian legal system, legal gaps and inconsistencies between the various normative levels produce discrepancies that have led to judicial claims for identity recognition and claims for equal rights that are theoretically guaranteed constitutionally, but without effectiveness. It follows the emergence of a super protagonistic and activist judicial power that shakes the balance of the tripartite organization of the State. To do so, the inductive method and the bibliographic research will be used for the development of the study presented here.

**KEY WORDS:** citizenship, homosexuality, activism, STF

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Sociais pela USP (2004) licenciado em Ciências Sociais pela USP (2008), bacharel em Direito pelo Univem (2016), doutor em Ciência Política pela USP (2009), mestrando em Direito pelo Univem (2017-2018), pós-doutorando em Sociologia pela USP (2015-2017) e pós-doutorando em Ciência Política pela USP (2017-2018). Professor do Curso de Relações Internacionais da UFGD (2009-2010), do curso de Especialização em Direitos Humanos e Cidadania da UFGD (2010), do curso de Relações Internacionais da Unesp-Marília (desde 2011), do curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Unesp-Marília (desde 2013), coordenador do grupo de estudos PACTO - Paz, Cultura e Tolerância (desde 2011), coeditor da Brazilian Journal of International Relations - BJIR (desde 2011). Pesquisador do pensamento político e social moderno e contemporâneo (especialmente os temas eunômicos (democracia, cidadania, direitos humanos e paz) e disnômicos (más formas de governo, terror, terrorismo e guerra). Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4233684Z7>.

<sup>2</sup> Advogada, Consultora Jurídica, Especialista em Direito Processual pela UNITOLEDO, Mestranda em Direito pelo UNIVEM sob a orientação do Professor Ricardo Pinha Alonso, pesquisadora do Grupo de Pesquisa INPP- A intervenção do Poder Público na Vida da Pessoa. Lattes: [https://wws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=54F234DC6EFD105E943D2B64058D1649](https://wws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=54F234DC6EFD105E943D2B64058D1649).

## INTRODUÇÃO

As minorias sexuais consistem num fenômeno universal, reconhecidas em todas as épocas, regiões e povos, embora se manifestem com grande diversidade fenomenológica<sup>3</sup>, que incluem os homossexuais<sup>4</sup> masculinos<sup>5</sup> (ou *gays*), as homossexuais femininas<sup>6</sup> (ou lésbicas) – cuja existência fora negada por muito tempo<sup>7</sup> (inclusive por Freud<sup>8</sup>) em nome de uma concepção sexual falocêntrica –, os bissexuais (masculinos e femininos), os travestis (masculinos<sup>9</sup> e femininos<sup>10</sup>) e os transexuais<sup>11</sup> (masculino-para-feminino e feminino-para-masculino, que podem ser heterossexuais ou homossexuais), além de outros grupos ainda mais específicos (como os hermafroditas (ou andróginos) [indivíduos com duplo sexo biológico]<sup>12</sup>, *drag queens* e *drag kings* [artistas performáticos travestidos], *cross-dressers*, transformistas, etc.).

Mesmo considerando a grande diversidade fenomenológica, a discriminação contra praticamente todas as minorias sexuais atravessou a história ocidental, da antiguidade aos dias atuais, sendo as três principais formas de discriminação aquelas relacionadas à religião (homossexualidade como pecado), à criminologia (homossexualidade como crime) e à medicina (homossexualidade como doença).

---

<sup>3</sup> Os termos genéricos variaram muito ao longo do tempo (sem contar os termos populares): pederastia (origem grega), uranismo (origem platônica), sodomia (origem bíblica), terceiro sexo, inversão, homossexualidade (1869), homofilia (1953), etc.

<sup>4</sup> O pesquisador Colin Spencer dividiu a atividade homossexual, ao longo da história, em pelo menos cinco categorias: (a) a relação com grande diferença de idade (pederastia), (b) a relação com inversão de roupas e papéis sociais (travestismo), (c) a relação com idade e posição social iguais, (d) a relação que rompe as barreiras de classe e (e) as relações que rompem as posições de raça. Cf. C. Spencer, *Homossexualidade – Uma história*, trad. Rubem Mauro Machado, Rio de Janeiro, Record, 1995 (417 p.).

<sup>5</sup> Cf. M. Daniel & A. Baudry, *Os homossexuais*, trad. J. Dart, Rio de Janeiro, Artenova, 1977 (173 p.).

<sup>6</sup> Cf. D. Abbot & E. Farmer, *Adeus, maridos – Mulheres que escolheram mulheres*, trad. Denise Bolanho, São Paulo: GLS, 1998 (247 p.); J.-F. Falquet, “Lesbianismo”, trad. Francisco Ribeiro Silva Júnior, in H. Hirata, F. Laborie & H. Doaré (orgs.), *Dicionário crítico do feminismo*, São Paulo, Unesp, 2009, pp. 122-128.

<sup>7</sup> Cf. M. Lago, “Depoimento”, in M. Lago & Dr<sup>a</sup> F. Paramelle, *A mulher homossexual – Ensaio sobre a homossexualidade feminina*, trad. Maria Augusta Ramalho Sequeira, Lisboa, Europa-América, 1978, pp. 73-169.

<sup>8</sup> Cf. F. Paramelle, “Análise”, in M. Lago & Dr<sup>a</sup> F. Paramelle, *A mulher homossexual, op. cit.*, pp. 06-71.

<sup>9</sup> Cf. D. Kulick, *Travesti – Prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil*, trad. César Gordon, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2008 (284 p.).

<sup>10</sup> Cf. R.M. Dekker & L. Pol, *La doncella quiso ser marinero – Travestismo femenino en Europa (siglos XVII-XVIII)*, trad. Paloma Gil Quindós, Madrid, Siglo Veintiuno, 2006 (169 p.).

<sup>11</sup> Cf. C. Millot, *Extrasexo – Ensaio sobre o transexualismo*, trad. Maria Celeste Marcondes/Nelson Luis Barbosa, rev. Eliana Calligaris, São Paulo, Escrita, 1992 (128 p.); Ramsey, *Transexuais – Perguntas e respostas*, trad. Rafael Azize, São Paulo, Summus, 1998 (219 p.); P.-H. Castel, “Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do ‘fenômeno transexual’ (1910-1995)”, trad. Teresa Malatian, *Revista Brasileira de História*, v. 21, n. 41, São Paulo, 2001, pp. 77-111; H. Frignet, *O transexualismo*, trad. Procopio Abreu, Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2002 (140 p.); C. Chiland, *O transexualismo*, trad. Maria Stela Gonçalves, São Paulo, Loyola, 2008 (133 p.); J. Butler, “Desdiagnosticando o gênero”, trad. André Rios, rev. Márcia Arán, *Physis*, v. 19, n. 01, 2009, pp. 95-126.

<sup>12</sup> Cf. M. Foucault, “O verdadeiro sexo”, in M. Foucault, *Herculine Barbin – O diário de um hermafrodita*, trad. Irley Franco, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1982, pp. 01-09.

## 1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Se considerarmos o conhecido artigo “Cidadania e classe social” (1949) escrito pelo sociólogo britânico T.H. Marshall, que define a cidadania como “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”, de maneira que “todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*”<sup>13</sup>, definindo três grupos distintos de direitos – os *direitos civis*, que garantem a liberdade individual, os *direitos políticos*, que garantem a participação política, e os *direitos sociais*, que garantem o bem-estar social –, podemos reconhecer a discriminação sexual, que se manifesta contra as diversas minorias sexuais, como uma verdadeira forma de discriminação civil, seja qual for o seu fundamento, resumida no fenômeno discriminatório genérico da homofobia<sup>14</sup>, que congrega as formas específicas da gayfobia, lesbofobia, travestifobia, transexualfobia, etc., cada qual com suas particularidades.

### 1.1- A discriminação sexual segundo os gregos

Ainda que muitas sociedades de pequena e grande escala tenham praticado como instituição social regular a pederastia, podemos recorrer como modelo essencial dessa prática (por esse motivo chamada por vezes de “amor grego”) à Grécia antiga, onde possuía uma função aristocrático-pedagógica, tanto no formato masculino<sup>15</sup>, sendo uma instituição especialmente reconhecida em Creta – descrita num conhecido texto do historiador Éforos de Cime (IV a.C.) – e Esparta, quanto no formato feminino<sup>16</sup>, em Lesbos [hoje Mitilene] (praticado não apenas por Safo, mas também por Andrômeda e Gorgona), consistindo numa relação entre um *erastes* (amante mais velho) e um *eromenes* (amado) ou *paides* (adolescente). Tanto que Xenofonte afirmara sobre a cultura espartana que “é-me realmente necessário falar, aqui, da pederastia, porque interessa à

<sup>13</sup> T.H. Marshall, *Cidadania, classe social e status*, trad. Meton Porto Gadelha, Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 76.

<sup>14</sup> Cf. D. Borrillo, *Homofobia – História e crítica de um preconceito*, trad. Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte, Autêntica, 2010 (141 p.); D. Welzer-Lang, “A construção do masculino: Dominação das mulheres e homofobia”, trad. Miriam Pilar Grossi, rev. Helena Heloísa Fava Tornquist, *Revista Estudos Feministas*, v. 09, n. 02, 2001, pp. 460-482. No estado de São Paulo, há uma lei que sanciona a homofobia (Lei 10.948/2001 do Estado de São Paulo).

<sup>15</sup> Cf. H.-I. Marrou, “Da pederastia como educação”, in H.-I. Marrou, *História da educação na antiguidade*, trad. Mário Leonidas Casanova, São Paulo, EPU; Brasília, INL, 1975, pp. 51-65; M. Sartre, “A homossexualidade na Grécia Antiga”, in *Amor e sexualidade no Ocidente – Edição especial da revista L’Histoire/Seuil*, trad. Anna Maria Capovilla/Horácio Goulart/Suely Bastos, Porto Alegre, L&PM, 1992, pp. 46-59; J. Bremmer, “Pederastia grega e homossexualismo moderno”, in J. Bremmer (org.), *De Safo a Sade – Momentos na história da sexualidade*, trad. Cid Knipel Moreira, Campinas, SP, Papirus, 1995, pp. 11-26; e K.J. Dover, *A homossexualidade na Grécia antiga*, trad. Luís S. Krausz, São Paulo, Nova Alexandria, 2007 (333 p.).

<sup>16</sup> Cf. C. Mosse, “Safo de Lesbos”, in *Amor e sexualidade no Ocidente*, op. cit., pp. 39-45; e A. Lardinois, “Safo lesbica e Safo de Lesbos”, in J. Bremmer (org.), *De Safo a Sade*, op. cit., pp. 27-49. A descrição de uma cena explícita entre duas lésbicas (Clonáron e Leaina) numa obra grega é encontrada em *Diálogo das Hetairas* de Luciano.

educação”<sup>17</sup> (*Constituição de Esparta*, 2, 12).

Mas a pederastia foi descrita em muitos textos gregos, desde os versos de Sólon (pederastia masculina) e os versos de Safo (pederastia feminina) até os diálogos de Platão (como *Fedro*, *Banquete*, *República* e *Lísias*) e as comédias de Aristófanes (como *Os cavaleiros* e *As aves*), sendo o modelo da pederastia grega encontrado especialmente no *Banquete* de Platão, que apresenta a relação entre Sócrates e Alcebiades como um paradigma do amor e do erotismo.

Todavia, não se deve afirmar que a antiguidade clássica desconhecesse o preconceito contra as relações homossexuais. Se os gregos louvavam a pederastia (e reconheciam mesmo a instituição militar do “companheirismo de guerreiros”<sup>18</sup> e o travestismo no mito de Tirésias), condenavam a relação homossexual entre dois adultos, especialmente pelo ato da passividade. Uma lei de Sólon dizia: “Os homossexuais estão proibidos de participar, em qualquer instância, nos conselhos do Estado”<sup>19</sup> (Demóstenes, *Contra Andrótion*, 30). Essa mesma condenação encontra-se presente nos textos de Ésquines, Demóstenes, Eliano, Máximo de Túrroi, Tucídides, etc., assim como nas comédias aristofânicas (como *As tesmoforiantes* e *As rãs*). E também nos textos romanos<sup>20</sup>: segundo Sêneca, “a impudicícia [passividade] é uma infâmia para um homem livre”, embora afirmasse que “para um escravo é seu dever mais absoluto para com o senhor; para o [escravo] liberto, é um dever moral de complacência”<sup>21</sup>.

O texto mais importante de condenação da homossexualidade na antiguidade consiste na *Acusação de Timarco* de Ésquines (ainda que rejeite a homossexualidade antes pela prostituição que em si mesma<sup>22</sup>), no qual se pode ler:

“Todo ateniense que se tiver prostituído não poderá ser admitido no círculo dos nove arcontes [...], tampouco exercer um sacerdócio [...], ou desempenhar as funções de advogado público. Ele não poderá mais exercer nenhuma magistratura, dentro ou fora da cidade, eletiva ou conferida pela fortuna. Ele não poderá preencher as funções de arauto, nem as de embaixador, nem tornar-se acusador, ou delator assalariado, daqueles que fariam parte de uma embaixada. Finalmente, ele não poderá mais expressar sua opinião diante do

<sup>17</sup> Citado em H.-I. Marrou, *História da educação na antiguidade*, op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> Contudo, Éubulos (poeta cômico do séc. IV a.C.) faz uma descrição grotesca dessas relações militares: “Ninguém jamais viu uma única prostituta; eles se enrbararam durante dez anos. Foi uma triste campanha; para conquistar uma cidade voltaram para casa com os traseiros bem mais largos do que a cidade por eles tomada” (frag. 120) (citado em M. Sartre, “A homossexualidade na Grécia Antiga”, in *Amor e sexualidade no Ocidente*, op. cit., p. 53.).

<sup>19</sup> Citado em N.A. Vrissimtzis, *Amor, sexo & casamento na Grécia antiga – Um guia da vida privada dos gregos antigos*, trad. Luiz Alberto Machado Cabral, São Paulo, Odysseus, 2002, p. 112.

<sup>20</sup> Cf. J. Boswell, “Roma: La fundación”, in J. Boswell, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad – Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, trad. Marco-Aurelio Galmarini, Barcelona, Muchnik, 1992, pp. 85-111.

<sup>21</sup> Citado em P. Veyne, “A homossexualidade em Roma”, in *Amor e sexualidade no Ocidente*, op. cit., p. 65 [também como P. Veyne, “A homossexualidade em Roma”, in P. Veyne, *Sexo e poder em Roma*, trad. Marcos de Castro, Rio de Janeiro, Record, 2008, p. 236, nota 2]; e, novamente em P. Veyne, “Elogio da virilidade”, in P. Veyne, *Sexo e poder em Roma*, op. cit., p. 243.

<sup>22</sup> Cf. K.J. Dover, *A homossexualidade na Grécia antiga*, op. cit. (especialmente as pp. 36-156). Timarco foi um político ateniense processado por Ésquines, em 346 a.C., por ter infringido uma lei que estabelecia que um cidadão ateniense que se prostituísse a outro homem deveria ser impedido de participar da vida política, e que, envergonhado pela condenação, suicidou-se.

Conselho ou diante do povo, ainda que seja o mais eloquente dos oradores”.

Por que tamanha exclusão? Explica Ésquines: “Aquele que fez comércio com seu corpo, por sua infâmia, do mesmo modo venderá sem hesitar os interesses da cidade”<sup>23</sup> (*Acusação de Timarco*).

## 1.2- A ótica religiosa

Sob o ponto de vista religioso, na cultura ocidental, pode-se considerar que a homofobia nasce do fundamentalismo veterotestamentário<sup>24</sup> (com reflexos no texto neotestamentário), perdurando até hodiernamente<sup>25</sup>.

A despeito da presença de duplas homossexuais no texto bíblico (Davi/Jônatas, Davi/Saul e Rute/Naomi) e da existência de consideráveis problemas de tradução com relação ao termo “sodomia” (cujo significado foi mudando ao longo dos séculos do significado geral de licenciosidade para o significado particular de homossexualidade)<sup>26</sup>, o fundamentalismo bíblico fomentou grandemente a homofobia com base nas diversas passagens bíblicas referentes aos pecados de Sodoma e Gomorra, especialmente a passagem em que se afirma: “Não deitarás com homens, como se fossem mulheres: é abominação” (Levítico, 18, 22; entre outras passagens como: Deuteronômio, 23, 18-19; I Reis, 14, 24; II Reis, 23, 5-7).

Um reflexo homofóbico presente no *Novo Testamento* acha-se na seguinte passagem: “Por causa disso, os entregou Deus à paixões infames; porque até as mulheres mudaram o modo natural de suas relações íntimas por outro contrário à sua natureza”, e, “semelhantemente, os homens também, deixando o contato natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo, em si mesmos, a merecida punição de seu erro” (Carta de São Paulo aos Romanos, 1, 26-27).

Com base na interpretação fundamentalista dessas passagens religiosas, leis anti-homossexuais foram baixadas durante o império romano cristão e depois na idade média<sup>27</sup>, quando a

<sup>23</sup> Citado em M. Sartre, “A homossexualidade na Grécia Antiga”, in *Amor e sexualidade no Ocidente*, op. cit., p. 55. Continua Ésquines no mesmo texto: “Ama jovens bem feitos e de costumes decorosos, eis o que, em minha definição, constitui uma alma sensível e generosa; enquanto praticar a devassidão com um homem pago para esta finalidade é próprio de um ser brutal e imoral. E eu afirmo que deixar-se amar de maneira desinteressada é uma coisa bela, mas que prostituir-se por dinheiro é uma infâmia. Que grande hiato, que profunda diferença separa estas duas maneiras de agir? Tentarei demonstrá-lo” (citado em M. Sartre, “A homossexualidade na Grécia Antiga”, in *Amor e sexualidade no Ocidente*, op. cit., pp. 56-57).

<sup>24</sup> Cf. J. Boswell, “Las Escrituras”, in J. Boswell, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad – Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, trad. Marco-Aurelio Galmarini, Barcelona, Muchnik, 1992, pp. 115-143.

<sup>25</sup> Cf. (sobre a Igreja Metodista) B. Hilton, *A homofobia tem cura? – O papel das igrejas na questão homoerótica*, trad. Sieni Maria Campos, Rio de Janeiro, Ediouro, 1992 (158 p.).

<sup>26</sup> Cf. D. Helminiak, *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*, trad. Eduardo Teixeira Nunes, São Paulo, GLS, 1998 (143 p.).

<sup>27</sup> Cf. o clássico e erudito livro de J. Boswell, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad – Los gays en Europa*

“sodomia” (homossexualidade masculina) e o “tribadismo” (homossexualidade feminina) foram considerados um *nefandum peccatum* [pecado inominável], especialmente no período da Inquisição, como um édito real de Castela, datado da segunda metade do século XIII, que descrevia a relação sexual entre dois homens como um terrível pecado e decretava que, “se alguém cometer este pecado, uma vez provado, ambos devem ser castrados diante de toda a população [...] e depois pendurados pelas pernas até que estejam mortos”<sup>28</sup>.

Nesse mesmo sentido, afirmara Santo Agostinho:

“Por isso, os crimes contra a natureza, como os de Sodoma, devem ser sempre e em toda parte condenados e punidos. Mesmo que todos os homens os cometessem, todos estariam incluídos na mesma condenação, em virtude da lei divina, que não criou os homens para que fizessem tal uso de si mesmos. É de fato uma violação do vínculo que deve subsistir entre Deus e nós, o profanar, pelas paixões depravadas a própria natureza de que ele é o autor”<sup>29</sup> (*Confissões*, III, VIII).

### 1.3- A discriminação sexual no ocidente

A criminalização da homossexualidade também consiste numa instituição que atravessa toda a história ocidental. No Renascimento italiano, o filósofo Tommaso Campanella escrevera em sua *A cidade do sol* (1602) que “os [jovens] que são surpreendidos praticando a sodomia são publicamente escarnecidos, sendo condenados a levar um borzeguim pendurado ao pescoço durante um par de dias, com o que se dá a entender que hão subvertido a ordem natural, colocando-a de pernas para o ar; e, se reincidem, vai aumentando castigo, até chegar à pena de morte”<sup>30</sup>. Um século depois, Voltaire ainda diria: “Não é da natureza humana fazer uma lei sobre a sodomia que contradiga e agrida a natureza, uma lei que, se observada literalmente, aniquilaria a humanidade”<sup>31</sup>.

Modernamente, muitas autocracias produziram leis homofóbicas, do regime nazista – que levou cerca de 10.000 homossexuais (chamados de “triângulos-rosa”<sup>32</sup>) para campos de concentração, dentre os quais apenas cerca de 4.000 sobreviveram – aos regimes do chamado socialismo real<sup>33</sup> (onde a homossexualidade era considerado um “vício burguês”), a exemplo da URSS, que passou a considerar a homossexualidade como crime a partir de 1933, e Cuba, que, nos anos 1960, impusera para os homossexuais, entre outros grupos sociais, verdadeiros campos de

---

*occidental desde el comienzo de la era cristiana hasta el siglo XIV*, trad. Marco-Aurelio Galmarini, Barcelona, Muchnik, 1992 (604 p.); e J. Richards, “Homossexuais”, in J. Richards, *Sexo, desvio e danação – As minorias na Idade Média*, trad. Marco Antonio Esteves da Rocha/Renato Aguiar, rev. Francisco José Silva Gomes, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1993, pp. 136-152.

<sup>28</sup> Citado em C. Spencer, *Homossexualidade*, op. cit., p. 111.

<sup>29</sup> St. Agostinho, *Confissões*, trad. Maria Luiza Jardim Amarante, rev. Antonio da Silveira Mendonça, São Paulo, Paulus, 1984, p. 74.

<sup>30</sup> T. Campanella, *A cidade do sol*, trad. G.A. Sallovitz, rev. Fernando Andrade, São Paulo, Ícone, 2002, p. 44.

<sup>31</sup> Citado em C. Spencer, *Homossexualidade*, op. cit., p. 192.

<sup>32</sup> Cf. R. Brazda & J.-L. Schwab, *Triângulo rosa – Um homossexual no campo de concentração nazista*, trad. Ângela Cristina Salgueiro Marques, São Paulo, Mescla, 2011 (184 p.).

<sup>33</sup> Cf. S. Courtois & R. Kauffer et al., *O livro negro do comunismo – Crimes, terror e repressão*, trad. Caio Meira, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001 (917 p.).

concentração e trabalho forçado (os campos da UMAP), além da segregação para indivíduos que contraíssem AIDS e a criminalização de práticas homossexuais em público (incluindo o hoje extinto tipo penal de “assédio de ordem homossexual”). Um exemplo da extensão dessas leis pode ser considerado no caso da ocupação alemã da França, em 1942, que estendeu a legislação homofóbica nazista (inclusive o expressamente homofóbico § 175 do código penal nazista) àquele país, sendo revogada apenas em 1982!

A última forma de criminalização homossexual ainda conhecida nas legislações democráticas ocidentais diz respeito ao acesso ao serviço militar. Um caso específico se tornou emblemático na história militar estadunidense: Leonard Makovich, dispensado do serviço da Força Aérea estadunidense, em 1975, depois de assumir publicamente sua homossexualidade, após uma exemplar carreira militar, tendo servido no Vietnã, e vindo a morrer de AIDS em 1991, deixou escrito para o seu epitáfio: “Um veterano gay do Vietnã. Quando eu era militar, eles me condecoraram por matar dois homens – e me expulsaram por amar um”.

Os Estados Unidos não permitem oficialmente que os homossexuais sirvam nas Forças Armadas, mas têm uma política que deixa em aberto essa possibilidade: “Don’t ask, don’t tell” [“Não perguntar, não dizer”]. Aprovada em 1993, na administração Clinton, ela permite que homossexuais sirvam nas forças militares estadunidenses desde que não revelem esse lado da sua vida, sendo as chefias militares também proibidas de perguntar ou de investigar militares por causa das suas preferências sexuais. Clinton tinha prometido acabar com a proibição de alistamento de homossexuais, conseguindo apenas uma solução de compromisso, que foi imposta por Colin Powell, então chefe do Estado-Maior, e mantida pelas duas administrações Bush.

No Brasil, o *Código Penal Militar* (1969) apresenta a seguinte tipificação criminal: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena – detenção, de seis meses a um ano” (art. 235). Em 2014, a presidente do Superior Tribunal Militar (STM) Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, defensora dos direitos das mulheres e dos homossexuais nas Forças Armadas, afirmou:

“Com relação ao militar homossexual dentro da tropa, não há nada que proíba, até porque seria uma flagrante discriminação. Mas existe preconceito. Todos nós cidadãos brasileiros, homossexuais ou heterossexuais, temos compromisso com a pátria e ninguém pode ser segregado como cidadão de primeira ou terceira categoria”<sup>34</sup>.

Ainda entre nós, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir questão relativa à temática homossexual, referente à união homoafetiva, por meio da ação direta de inconstitucionalidade n. 4277/DF (decisão proferida em 05/05/2011 pelo Tribunal Pleno do STF),

---

<sup>34</sup> Citado em N. Passarinho, “Elizabeth Rocha se torna primeira mulher a presidir o Superior Tribunal Militar”, *G1*, Brasília, 16/06/2014. <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/ministra-elizabeth-rocha-se-torna-primeira-mulher-presidir-o-stm.html>> (Acesso em 07/12/2014).

na qual se afirmou que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” (relator Ayres Britto), de modo a se reconhecer a união homoafetiva como família, numa decisão historicamente marcante para a questão homossexual no Brasil.

#### 1.4. A superação da patologização da homossexualidade.

Depois da consideração como pecado e da consideração como crime, a terceira forma sistemática de discriminação da homossexualidade, que perdurou até poucas décadas nas sociedades ocidentais, consiste na consideração como doença. A classificação médica da homossexualidade data da passagem do século XIX para ao XX<sup>35</sup>, período em que foram cunhados, para fins médico-científicos, os principais termos laicos para designação sexual, como “homossexualismo” (cunhado em 1869), “travestismo” (cunhado em 1910 pelo sexólogo alemão Magnus Hirschfeld), “transexualismo” (cunhado em 1923 e cujo sentido atual, evocando a transposição entre os sexos mais que entre os gêneros, diferenciando-se do travestismo e do eoismo, consolidou-se em 1953, por conta do endocrinologista Henry Benjamin), etc.

Apenas em 1973, a *American Psychiatric Association* [Associação Americana de Psiquiatria] retirou o homossexualismo de rol de distúrbios mentais (expostos no *Manual de Diagnósticos e Estatísticas*, que descreve desvios sexuais como sadismo, masoquismo, travestismo, bestialismo, pedofilia, etc.<sup>36</sup>), permutando o termo patológico “homossexualismo” pelo termo comportamental “homossexualidade”, passando a proscrever os chamados tratamentos de cura praticados até então<sup>37</sup> (que giravam em torno do debate entre teorias da homossexualidade adquirida *versus* homossexualidade inata).

Recentemente, em 2018, a Organização Mundial de Saúde anunciou a nova Classificação Internacional de Doenças (o CID-11), que removeu a “incongruência de gênero” do rol de transtornos mentais e a classificou no rol de condições relativas à saúde sexual, excluindo a classificação F64.0 (transexualismo), combatida pelos movimentos em defesa das minorias sexuais.

A despatologização da homossexualidade pode ser considerada como um efeito da liberação sexual geral, como liberação homossexual específica, ocorridas nos anos 1960, das quais se originou o chamado orgulho *gay*, fundamento sexual do movimento *gay*<sup>38</sup>, das passeatas *gay*, do

<sup>35</sup> Cf. J.N. Katz, *A invenção da heterossexualidade*, trad. Clara Fernandes, Rio de Janeiro, Ediouro, 1996 (272 p.).

<sup>36</sup> Cf. A. Storr, Anthony, *Desvios sexuais*, trad. Vera Borda, Rio de Janeiro, Zahar, 1967 (126 p.).

<sup>37</sup> Cf. W.H. Masters & V.E. Johnson, *Homossexualidade em perspectiva*, trad. Barbara Krotoszynski, Porto Alegre, Artes Médicas, 1979 (363 p.); e R. Isay, *Tornar-se gay – O caminho da auto-aceitação*, trad. Dinah Klebe, São Paulo, GLS, 1998 (181 p.).

<sup>38</sup> Cf. G. Hocquenghem, *A contestação homossexual*, trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura, São Paulo, Brasiliense, 1980 (151 p.); P. Bourdieu, “Algumas questões sobre o movimento *gay* e lésbico”, in P. Bourdieu, *A dominação masculina*, trad. Maria Helena Kühner, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, pp. 143-149.

dia *gay*, da cultura *gay* (que inclui filmes<sup>39</sup>, livros, roupas, serviços, etc.), etc. especialmente organizados em cidades como Nova York, São Francisco e Los Angeles, cujo marco pode ser considerado no evento do levante homossexual de *Stonewall Inn*, ocorrido em junho de 1969 (inspirado nos movimentos negro e feminista). Na descrição de um pesquisador sobre aquele evento:

“A polícia de Nova York havia invadido um bar gay chamado Stonewall Inn, na Rua Christopher, no bairro de Greenwich Village, alegando infração da permissão para venda de bebidas alcoólicas. Mas os fregueses, junto com os gays dos bares, dos quatinhos dos fundos e outros quartos existentes na rua, contra-atacaram durante dois dias e duas noites”<sup>40</sup>.

No Brasil, as chamadas passeatas *gay* se multiplicaram na última década, sendo a passeata *gay* anual de São Paulo hoje a maior do mundo, congregando milhares de pessoas da comunidade LGBTTT [lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros] e simpatizantes da causa homossexual.

Alguns paradoxos desse processo passaram a ser considerados a partir especialmente da década de 1980, com as consequências negativas da revolução sexual, que afetaram grandemente a população homossexual, incluindo a disseminação das doenças sexualmente transmissíveis – em especial a AIDS [síndrome da imunodeficiência adquirida]<sup>41</sup> (inicialmente chamada de *GRID* ou *gay-related immune deficiency* [deficiência imunológica relacionada a gays]) –, a banalização sexual, a depressão, a culpa, o reforço da homofobia e do machismo, etc.

## 2 - AS DECISÕES DO STF E O ATIVISMO JUDICIAL NAS REIVINDICAÇÕES LGBTI

O Estado brasileiro é fortemente orientado pelo bem estar social que pontua desde o texto preambular até as garantias fundamentais, direitos sociais e durante todo o sistema normativo constitucional a idéia de que cabe ao poder público a efetividade da cidadania.

Apesar do texto legal garantir a todos os instrumentos necessários à realização da felicidade geral e a realidade indica que o objetivo não foi atingido, é lícito falar que vivemos uma crise de efetividade dos direitos e garantias fundamentais que obstaculizam a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e do estado democrático do direito. É urgente intensificar o debate sobre a integração desses grupos minoritários subordinados.

Decorre que notadamente com relação à minoria LGBTI, a perseguição da cidadania tem se

<sup>39</sup> Cf. W.J. Mann, *Bastidores de Hollywood – A influência exercida por gays e lésbicas em Hollywood: 1910-1969*, trad. Celina Cavalcante Falck, São Paulo, Landscape, 2002 (447 p.).

<sup>40</sup> C. Spencer, *Homossexualidade*, op. cit., p. 349. No Brasil, o cantor Renato Russo gravou um cd em homenagem a esse evento, com o título *The Stonewall Celebration Concert* (1993), premiado pela APCA.

<sup>41</sup> Cf. M. Pollak, *Os homossexuais e a AIDS*, trad. Paula Rosas, São Paulo, Estação Liberdade, 1990 (212 p.); e o excelente livro de G. Rotello, *Comportamento sexual e AIDS – A cultura gay em transformação*, trad. Lauro Machado Coelho, São Paulo, GLS, 1998 (382 p.).

efetivado por meio de decisões judiciais ativistas ante a falta de norma posta que possa atender às reivindicações por reconhecimento modernas.

Propõe-se a consideração das diferenças e características de cada um e de um *discrimen* positivo que possibilitaria condições iniciais equânimes. Alguns autores (ALVES 2010, p. 36), partilham desse pensamento aduzindo que:

“só a consideração das diferenças específicas, das particularidades concretas, das inferioridades provocadas, das fragilidades deliberadamente mantidas, das exclusões de toda sorte é que poderá justificar uma postura jurídica universalista e libertadora.”

A necessidade social antecedente da necessidade de proteção social para este grupo vulnerável é evidente, já que encontra-se em sério risco de morte prematura por razões que vão de falta de assistência médica adequada, exposição à violência e pobreza extrema. Isso porque, conforme todo o contexto histórico apresentado na primeira parte deste trabalho, a discriminação pelas práticas sexuais está arraigada desde as culturas mais ancestrais.

Decorre que longe de ser um processo similar ao ocorrido com os indivíduos hetero orientados, a construção da cidadania LGBTI tem se valido do pleito judicial, para garantir a passos lentos, os mesmos direitos que fazem jus os demais cidadãos.

Ainda marginalizados, judicializam pedidos como autorização para legitimar a união homoafetiva, adoção por casais homoafetivos, autorização para conformação de documentos com o sexo autopercebido sem necessidade de cirurgia transgenitalizadora, dentre outros.

No contexto social atual é importante que o maior responsável a dar cumprimento ao estado do bem estar social seja despido de conceitos religiosos e concepções morais preestabelecidas.

Isso porque nosso país está comprometido com as normativas universais de direitos humanos que se encontram obrigadas por meio dos tratados e convenções dos quais é signatário.

De sorte que não é possível a admissão em território nacional de grupos vulneráveis que se encontram inalcançáveis pela proteção estatal.

Ante a inércia do legislador brasileiro, construções jurisprudenciais se desenvolveram num esforço de hermenêutica capaz de adaptar as normas existentes às necessidades de uma nova sociedade pós moderna em constante e rápida evolução.

Destas construções, no tocante à necessidade de adaptação do direito às necessidades dos indivíduos LGBTI, o direito civil tem sido uma fonte muito profícua, notadamente nas normas relativas ao direito da personalidade.

O diálogo entre os direitos e garantias fundamentais com o direito à preservação da intimidade, ao esquecimento da vida pregressa, à autodeterminação, ao livre exercício de sua

sexualidade, bem como a recepção das normas do direito comparado tem construído o alicerce estas decisões que vez por outra reconhece à população trans, direitos inerentes aos demais atores sociais, mas que a eles sempre foram segregados, como o direito à alteração do nome e gênero sem a necessidade da cirurgia redesignadora, à união homoaféticas, à adoção, à própria realização da cirurgia de redesignação pelo sistema único de saúde-SUS.

A incapacidade estatal em prover regulamentações legais capazes de atender às demandas sociais tem promovido no Brasil a cultura da judicialização.

O judiciário então, vinculado a um sistema legal repleto de lacunas, tem proferido decisões em sede de controle de constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado que absorvem regras internacionais em que o Estado se obriga, de acordo com a sua conformação com o texto constitucional pátrio.

## **2.1- O julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF**

No julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF que reivindicava o reconhecimento da união civil homoafetiva, o STF privilegiou o entendimento da pluralidade das entidades familiares. Hodiernamente, não era lícito aos integrantes de uma relação homoafetiva reivindicar direitos sucessórios e concertantes à partilha de bens em caso do desfazimento desta união em razão do seu não reconhecimento no ordenamento pátrio. Excluía assim da proteção estatal todos os integrantes das novas unidades familiares clandestinas, a despeito do elo afetivo genuíno que as união à semelhança das uniões heteroafetivos.

As uniões homoafetivas não clandestinas, duráveis e contínuas com o anseio de constituição familiar passaram a receber o mesmo tratamento legal daquelas compostas por indivíduos de sexos distintos. No Brasil, ao menos no texto constitucional o sexo não é um fator de desigualação jurídica, ao contrário. É vedado o tratamento discriminatório, de acordo com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que pugna pela promoção do “[...] bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

## **2.2- O Julgamento conjunto do RE 670.422/RS e da ADI 4275.**

Da mesma forma se deu o julgamento do tema 761 com repercussão no Supremo Tribunal Federal, que diz respeito à possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a cirurgia de redesignação de sexo, foi julgado em 22 de novembro de 2017, pelo *leading case* 670.422, um recurso extraordinário oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande

do Sul.

O transexual S.T.C., representado por sua advogada, Dra. Maria Berenice Dias, desejava alterar se gênero e nome nos assentos públicos sem submeter-se a procedimentos cirúrgicos de readequação sexual. O caso chamou a atenção dos movimentos LGBTI e de toda a sociedade, surgindo várias solicitações para integrar o feito na qualidade de *amicus curiae*. Ingressaram o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), o Defensor Público-Geral Federal, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADVS), a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

O processo foi distribuído no STF em 26 de janeiro de 2012, aos cuidados do Ministro Dias Tóffoli, que, em 10 de março de 2012, abriu vista à Procuradoria Geral da República. A Procuradoria manifestou-se por meio de um parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

Em 12 de setembro de 2014, o plenário virtual do STF reputou a questão constitucional por maioria, vencido o Ministro Teori Zavascki, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

O feito possui visualização restrita em razão do segredo de justiça, já que se trata de questões de foro íntimo, porém é possível depreender da leitura do acórdão que a parte insurgiu-se contra acórdão judicial proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou a um transexual masculino o direito de alterar o seu registro de nascimento de feminino para masculino sem submeter-se à cirurgia de transgenitalização.

A recorrente defendeu-se levantando a tese de violação da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constantes do artigo 1º da Carta Magna, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relativos ao artigo 3º do mesmo diploma legal, especialmente a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Argumentou ainda a violação da normativa explicitada no artigo 5º, inciso X da CF/1988, que garante a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, além do caput do artigo 6º que fala do direito social à saúde.

Assinalou ser de competência do Estado a tutela da intimidade dos transexuais, a proteção de suas escolhas de vida contra o controle estatal, assim como o descabimento do questionamento sobre a conformidade da morfologia da genitália com o gênero exteriorizado.

Inconformou-se contra a decisão reducionista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que acatou o determinismo cromossômico como único critério de determinação de identidade sexual, além de explicitar a sujeição do transexual ao procedimento cirúrgico, considerando que, é bom lembrar, a neofaloplastia ainda tem baixo resultado estético e improvável manutenção das funções sensoriais dos genitais.

O STF apreciou tanto a ADI 4.275 quanto o RE 670.422, conjuntamente, em 01 de março de 2018. Nesse julgamento paradigmático, o STF, de posse de suas atribuições, utilizou-se de sua função contramajoritária e, em decisão exemplarmente ativista, conferiu proteção e efetividade aos direitos de uma minoria, situação que vem ocorrendo com maior frequência, ante a incapacidade do Estado de fazê-lo.

O Relator do caso, o Ministro Marco Aurélio Mello destacou três premissas essenciais no seu voto: a) que o “direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero”; b) que a “identidade de gênero é a manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de construí-la”; além da terceira, que é talvez a mais revolucionária das premissas contidas no voto da relatoria, segundo a qual: c) “a pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental”.

Durante o julgamento, houve a discussão muito apropriada de que o Brasil precisa dar efetividade e cumprimento ao exposto no texto constitucional, que veda discriminação por motivos de raça, cor e sexo, dentre outras, mas também receber legislações supranacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim como o Pacto de San José da Costa Rica.

O Ministro Celso de Melo, em seu voto, lembrou muito apropriadamente os princípios insculpidos na Declaração de Yogyakarta (2006), apresentados no Conselho de Direitos Humanos da ONU, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, tendo destacado com muita propriedade que:

[..] todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e interrelacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso.

Lembrou do caráter constitucional do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, que é essencial para o desenvolvimento da autodeterminação da pessoa transgênero, que não deve ser submetido à ingerência estatal. Destacou o terceiro princípio de Yogyakarta, que preleciona:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Pugnou pela necessidade de concessão de cidadania plena aos transgêneros, assim como a

qualquer outro ser humano detentor das mesmas prerrogativas, salientando o preâmbulo da declaração que veda qualquer oposição ao pleno desfrute dos direitos humanos, notadamente as discriminações legais por diversidade de orientação sexual.

Além disso, destacou o Ministro Celso de Mello, com brilhantismo, em seu voto, que é vedado ao Estado “adotar medidas ou formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a comunhão nacional”.

Isso porque direitos tais como o da autodeterminação, da liberdade, da igualdade, da proteção da intimidade, do pluralismo e da busca da felicidade formam o núcleo irradiante que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, postulado que fundamenta a ordem republicana e democrática de nossa Constituição Federal (1988).

O conceito de dignidade da pessoa humana é um conceito inclusivo por essência, “sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção” (SARLET, 2011, p. 48).

Observa-se que estas decisões paradigmáticas se passaram todas na esfera do poder judiciário que assumiu um papel protagônico indesejado que representa um abalo no que deveria ser um sistema tripartite equilibrado de organização estatal.

Alves e Oliveira (2015, p. 173) questionam; “[...] uma eventual tirania da maioria justificaria de pronto o ativismo judicial?” Os autores não defendem de pronto que seja o ativismo a resposta, muito embora já fossem partidários da idéia em momentos anteriores.

A realidade dos fatos, é que os maiores progressos nos pleitos por reconhecimento da minoria LGBTI tem se dado pelas decisões judiciais que vez por outra dão cumprimento a tratados e convenções em que o Brasil se obriga e seus legisladores não efetivam.

Todavia, a via adotada está longe de ser a ideal em um estado democrático de direito tão comprometido com a causa do bem estar social. Há que haver providência estatal inclusiva que estenda a cidadania plena a todos indistintamente, sem relativizar a importância dos demais poderes da República.

## **CONCLUSÃO**

A obediência aos tratados e convenções a que se obriga no âmbito internacional e a recepção conformativa no sistema jurídico nacional, notadamente os assumidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhecem a primazia da paradoxal pluralidade dos seres singulares.

O estabelecimento destas normas protetivas consolidou o aparecimento de plataformas delas decorrentes, que são espaços para reivindicações de reconhecimento e proteção. Podemos citar a Declaração de Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação de legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero e a plataforma Livres e Iguais das Nações Unidas para a promoção da igualdade da população LGBTI.

O desafio consiste na incorporação destes primados por via diversa da judicial, propiciando cidadania plena indistintamente, que por via difusa promoveria a emancipação destes sujeitos e a sua integração na sociedade, mais consistente com o equilíbrio desejável entre os poderes.

### **BIBLIOGRAFIA (HOMOSSEXUALIDADE/GAYS):**

BORRILLO, Daniel. *Homofobia – História e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. (141 p.)

BOSWELL, John. *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad – Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la era Cristiana hasta el siglo XIV*. Trad. Marco-Aurelio Galmarini. Barcelona: Muchnik, 1992. (604 p.)

BOURDIEU, Pierre. “Algumas questões sobre o movimento *gay* e lésbico”. In: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, pp. 143-149.

BRAZDA, Rudolf & SCHWAB, Jean-Luc. *Triângulo rosa – Um homossexual no campo de concentração nazista*. Trad. Ângela Cristina Salgueiro Marques. São Paulo: Mescla, 2011. (184 p.)

BUTLER, Judith. “Desdiagnosticando o gênero”. Trad. André Rios. *Physis*, v. 19, n. 01, 2009, pp. 95-126. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>]

BUTLER, Judith. “O parentesco é sempre tido como heterossexual?” Trad. Valter Arcanjo da Ponte. Rev. Plínio Dentzien. *Cadernos Pagu*, n. 21, 2003, pp. 219-260. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n21/n21a10.pdf>]

DANIEL, Marc & BAUDRY, André. *Os homossexuais*. Trad. J. Dart. Rio de Janeiro: Artenova, 1977. (173 p.)

DWORKIN, Ronald. “O sexo, a morte e os tribunais”. In: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Rev. Cícero Araújo/Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 645-676.

ERIBON, Didier. “Os *gay and lesbian studies*: Rumo a uma renovação do pensamento crítico”. In: BOURDIEU, Pierre *et al.* *Líber 1*. Org./sel. Sérgio Miceli. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros/Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, 1997, pp. 239-246.

FRY, Peter & MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 1984. (126 p.)

- GREEN, James Naylor. *Além do carnaval – A homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. Trad. Cristina Fino/Cássio Arantes Leite. São Paulo: Unesp, 2000. (541 p.)
- HERDT, Gilbert & KOFF, Bruce. *Tenho uma coisa para vos dizer – O percurso de uma família com um filho homossexual*. Trad. Jorge M.C. Almeida e Pinho. Porto: Ambar, 2002. (232 p.)
- HILTON, Bruce. *A homofobia tem cura? – O papel das igrejas na questão homoerótica*. Trad. Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992. (158 p.)
- HOCQUENGHEM, Guy. *A contestação homossexual*. Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Brasiliense, 1980. (151 p.)
- HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cassia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1994. (213 p.)
- ISAY, Richard A. *Tornar-se gay – O caminho da auto-aceitação*. Trad. Dinah Klebe. São Paulo: GLS, 1998. (181 p.)
- KATZ, Jonathan Ned. *A invenção da heterossexualidade*. Trad. Clara Fernandes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. (272 p.)
- MASTERS, William H. & JOHNSON, Virginia E. *Homossexualidade em perspectiva*. Trad. Barbara Krotoszynski. Porto Alegre: Artes Médicas, 1979. (363 p.)
- POLLAK, Michael. *Os homossexuais e a AIDS*. Trad. Paula Rosas. São Paulo: Estação Liberdade, 1990. (212 p.)
- RICHARDS, Jeffrey. “Homossexuais”. In: RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação – As minorias na Idade Média*. Trad. Antonio Esteves da Rocha/Renato Aguiar. Rev. Francisco José Silva Gomes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, pp. 136-152.
- ROTELLO, Gabriel. *Comportamento sexual e AIDS – A cultura gay em transformação*. Trad. Lauro Machado Coelho. São Paulo: GLS, 1998. (382 p.)
- SEDGWICK, Eve Kosofsky. “A epistemologia do armário”. Trad. Plínio Dentzien. Rev. Richard Miskolci/Júlio Assis Simões. *Cadernos Pagu*, n. 28, 2007, pp. 19-54. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n28/03.pdf>]
- SPENCER, Colin. *Homossexualidade – Uma história*. Trad. Rubem Mauro Machado. Rio de Janeiro: Record, 1995. (417 p.)
- STORR, Anthony. *Desvios sexuais*. Trad. Vera Borda. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. (126 p.)
- SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal – Uma discussão sobre o homossexualismo*. Trad. Isa Mara Lando. São Paulo: Cia. das Letras, 1996. (174 p.)
- WELZER-LANG, Daniel. “A construção do masculino: Dominação das mulheres e homofobia”. Trad. Miriam Pilar Grossi. Rev. Helena Heloísa Fava Tornquist. *Revista Estudos Feministas*, v. 09, n. 02, 2001, pp. 460-482. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635.pdf>]

### **BIBLIOGRAFIA (LESBIANISMO):**

ABBOT, Deborah & FARMER, Ellen. *Adeus, maridos – Mulheres que escolheram mulheres*. Trad. Denise Bolanho. São Paulo: GLS, 1998. (247 p.)

FALQUET, Jules-France. “Lesbianismo”. Trad. Francisco Ribeiro Silva Júnior. In: HIRATA, Helena, LABORIE, Françoise & DOARÉ, Hèléne (orgs.). *Dicionário crítico do feminismo*. Trad. Vários. São Paulo: Unesp, 2009, pp. 122-128.

LAGO, Maria & PARAMELLE, France. *A mulher homossexual – Ensaio sobre a homossexualidade feminina*. Trad. Maria Augusta Ramalho Sequeira. Lisboa: Europa-América, 1978. (169 p.)

### **BIBLIOGRAFIA (TRANSEXUALISMO):**

CASTEL, Pierre-Henri. “Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do ‘fenômeno transexual’ (1910-1995)”. Trad. Teresa Malatian. *Revista Brasileira de História*, v. 21, n. 41, São Paulo, 2001, pp. 77-111. [Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n41/a05v2141.pdf>]

CHILAND, Colette. *O transexualismo*. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. (133 p.)

FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Trad. Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002. (140 p.)

MILLOT, Catherine. *Extrasexo – Ensaio sobre o transexualismo*. Trad. Maria Celeste Marcondes/Nelson Luis Barbosa. Rev. Eliana Calligaris. São Paulo: Escrita, 1992. (128 p.)

RAMSEY, Gerald. *Transexuais – Perguntas e respostas*. Trad. Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998. (219 p.)

### **BIBLIOGRAFIA (TRAVESTISMO):**

DEKKER, Rudolf M. & POL, Lotte van de. *La doncella quiso ser marinero – Travestismo femenino en Europa (siglos XVII-XVIII)*. Trad. Paloma Gil Quindós. Madrid: Siglo Veintiuno, 2006. (169 p.)

KULICK, Don. *Travesti – Prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil*. Trad. César Gordon. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. (284 p.)

### **BIBLIOGRAFIA (HERMAFRODITISMO):**

FOUCAULT, Michel. “O verdadeiro sexo”. In: FOUCAULT, Michel. *Herculine Barbin – O diário de um hermafrodita*. Trad. Irley Franco. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, pp. 01-09.

## **BIBLIOGRAFIA (ANTIGUIDADE):**

BREMMER, Jan. “Pederastia grega e homossexualismo moderno”. In: BREMMER, Jan (org.). *De Safo a Sade – Momentos na história da sexualidade*. Trad. Cid Knipel Moreira. Campinas, SP: Papyrus, 1995, pp. 11-26.

DOVER, Kenneth James. *A homossexualidade na Grécia antiga*. Trad. Luís S. Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 2007. (333 p.)

LARDINOIS, André. “Safo lésbica e Safo de Lesbos”. In: BREMMER, Jan (org.). *De Safo a Sade – Momentos na história da sexualidade*. Trad. C.K. Moreira. Campinas, SP: Papyrus, 1995, pp. 27-49.

MARROU, Henri-Irénée. “Da pederastia como educação”. In: MARROU, Henri-Irénée. *História da educação na antiguidade*. Trad. Mário Leonidas Casanova. São Paulo: EPU; Brasília: INL, 1975, pp. 51-65.

MOSSE, Claude. “Safo de Lesbos”. In: *Amor e sexualidade no Ocidente – Edição especial da revista L’Histoire/Seuil*. Trad. Anna Maria Capovilla/Horácio Goulart/Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1992, pp. 39-45.

SARTRE, Maurice. “A homossexualidade na Grécia Antiga”. In: *Amor e sexualidade no Ocidente – Edição especial da revista L’Histoire/Seuil*. Trad. Anna Maria Capovilla/Horácio Goulart/Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1992, pp. 46-59.

VEYNE, Paul. “A homossexualidade em Roma”. In: *Amor e sexualidade no Ocidente – Edição especial da revista L’Histoire/Seuil*. Trad. Anna Maria Capovilla/Horácio Goulart/Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1992, pp. 60-67. [também como: VEYNE, Paul. “A homossexualidade em Roma”. In: VEYNE, Paul. *Sexo e poder em Roma*. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2008, pp. 227-238.]

VEYNE, Paul. “Elogio da virilidade”. In: VEYNE, Paul. *Sexo e poder em Roma*. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Record, 2008, pp. 239-243.

## **BIBLIOGRAFIA (TEORIA QUEER):**

SALIH, Sara. *Judith Butler e a teoria queer*. Trad. Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. (232 p.)

SPARGO, Tamsim. *Foucault e a teoria queer*. Trad. Wladimir Freire. Rio de Janeiro: Pazulin; Juiz de Fora: UFJF, 2006. (67 p.)

## **BIBLIOGRAFIA JURÍDICA:**

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: A nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme da Fonseca. “*Crise*” da democracia representativa e a função política do judiciário: é o judiciário a “tábua de salvação” da democracia? In: Revista do programa de pós graduação em direito-UFC. V. 35, n.2, p. 165- 170. Disponível em <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1903/1954>. Acesso em 08/07/2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (E-book).

YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf) (Acesso em 06/06/2018).

# A REFORMA TRABALHISTA E A SUPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS HORAS *IN ITINERE*

Alfeu Paulo da SILVA JÚNIOR<sup>1</sup>  
Letícia da Silva BELUZIO<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo verificar o atual cenário normativo e jurisprudencial acerca do direito dos trabalhadores às horas *in itinere* e as modificações acarretadas pela Lei 13.467/2017, popularmente conhecida como reforma trabalhista. Para a realização do trabalho, utilizou-se o método dedutivo, sendo adotada a pesquisa exploratória e bibliográfica. Com a análise realizada, conclui-se que com a ausência de previsão do direito às horas *in itinere* na nova lei que alterou a CLT e passou a tutelar as relações trabalhistas, muitos trabalhadores serão privados deste direito fundamental, tendo excluído de sua jornada de trabalho o tempo despendido para se locomover até seu local de trabalho, quando este de difícil acesso e sem a cobertura de rede de transporte público ou privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jornada de Trabalho. Horas *in itinere*. Reforma Trabalhista.

## RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo verificar el actual escenario normativo y jurisprudencial acerca del derecho de los trabajadores a las horas *in itinere* y las modificaciones acarreadas por la Ley 13.467 / 2017, popularmente conocida como reforma laboral. Para la realización del trabajo, se utilizó el método deductivo, siendo adoptada la investigación exploratoria y bibliográfica. Con el análisis realizado, se concluye que con la ausencia de previsión del derecho a las horas *in itinere* en la nueva ley que alteró la CLT y pasó a tutelar las relaciones laborales, muchos trabajadores serán privados de este derecho fundamental, habiendo excluido de su jornada de trabajo el tiempo empleado para moverse a su lugar de trabajo, cuando éste de difícil acceso y sin la cobertura de red de transporte público o privado.

**PALABRAS CLAVE:** Jornada de Trabajo. Horas *in itinere*. Reforma Laboral.

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental às horas *in itinere* encontrava previsão legal no art. 58, §2º da CLT e ampla aceitação jurisprudencial, que possui entendimento consolidado de que se trata de direito indisponível do trabalhador, que nem mesmo através de instrumentos coletivos poderia ser renunciado.

Ocorre que a Lei 13.467/2017, conhecida popularmente como reforma trabalhista, promulgada em 13 de julho de 2017 e que entrou em vigor em 10 de novembro de 2017, deixa de prever tal direito, que somente poderá ser estabelecido através de negociações entre os trabalhadores e seus empregadores. Desta feita, a problemática da presente pesquisa se fundamenta

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PROJURIS - Estudos Jurídicos.

<sup>2</sup> Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

na análise das alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 e na verificação das consequências trazidas para os trabalhadores.

Como solução hipotética ao aludido problema, tem-se que muitos serão os prejuízos que deverão ser suportados pelos trabalhadores, dentre os quais se destaca a supressão do direito às horas *in itinere*.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, demonstrar, através do texto da nova lei e demais elementos, as alterações acarretadas nos principais direitos dos trabalhadores, dando enfoque ao fim de previsão legal das horas *in itinere*.

Com a finalidade de solucionar tais questionamentos, utilizou-se o método dedutivo, uma vez que o estudo abordou primeiramente o cenário legislativo e jurisprudencial anterior à Lei 13.467/2017 acerca das horas *in itinere*, alcançando, posteriormente, as alterações trazidas pela reforma trabalhista e os reflexos gerados aos trabalhadores. A presente pesquisa pode ser considerada, ainda, exploratória, pois foi produzida a partir de critérios, métodos e técnicas definidos para sua elaboração e bibliográfica, uma vez que se baseou em materiais já tornados públicos em relação ao tema de estudo.

Assim, no primeiro capítulo do trabalho foi realizada uma análise acerca dos possíveis critérios utilizados para a definição do conceito de jornada de trabalho, destacando-se o critério que considera o tempo despendido pelo trabalhador até o seu local de trabalho, e o porquê de tal direito poder ser considerado fundamental

Posteriormente, ainda no aludido capítulo, foram estudados os elementos essenciais à caracterização do direito às horas *in itinere* e, ainda, a possibilidade de flexibilização do mencionado direito através de acordos ou convenções coletivas.

O segundo capítulo, por sua vez, destinou-se à análise da Lei 13.467/2017 e das principais modificações proporcionadas, apresentando trechos da nova lei e algumas opiniões acerca do assunto.

Ademais, almejou-se destacar as consequências diretas verificadas com a supressão legal do direito às horas *in itinere*, demonstrando os prejuízos que deverão ser suportados pelos trabalhadores com o novo cenário legislativo.

## **1. A REGULAMENTAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DAS HORAS *IN ITINERE* ANTES DA “REFORMA TRABALHISTA”**

A jornada de trabalho consiste no tempo de labor diário exercido pelo empregado em virtude do contrato de trabalho. A Constituição Federal prevê em seu art. 7º, XIII que, dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, encontra-se: “duração do trabalho normal não superior a

oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Sergio Pinto Martins (2017) diferencia os conceitos de jornada de trabalho, duração de trabalho e horário de trabalho. Em síntese, afirma que jornada de trabalho é a quantidade de horas diárias desempenhadas pelo empregado, enquanto duração de trabalho possui maior amplitude, de maneira a compreender o módulo semanal, mensal e anual. Por sua vez, o horário de trabalho considera o horário de início e término das atividades do empregado, apenas deixando de computar o tempo de intervalo.

A jornada de trabalho deve ser estudada com base em três diferentes critérios, são eles: o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador e o tempo *in itinere*.

O tempo efetivamente trabalhado considera apenas o tempo em que o empregado encontra-se prestando sua atividade, de modo que através desse critério excluem-se do cômputo da jornada laboral os períodos em que não houver labor efetivo, os intervalos intrajornadas e até mesmo as paralisações do empregado no local de trabalho.

A respeito do mencionado critério, Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 781) preleciona:

É evidente que tal critério opera uma necessária assunção, pelo obreiro, de parte significativa do risco empresarial, uma vez que o salário somente seria pago em direta proporção ao real trabalho prestado. Por essa razão é que semelhante critério tende a ser rejeitado pelas modernas ordens justralhistas. No Brasil, o fato de a CLT considerar como tempo de serviço também o período em que o empregado estiver simplesmente “à disposição do empregador, aguardando... ordens” (art. 4º) demonstra a rejeição, pela ordem justralhista brasileira, do critério do tempo efetivamente laborado como critério padrão de cálculo da jornada no mercado de trabalho do país.

O segundo critério inclui no cômputo da jornada de trabalho o tempo à disposição do empregador. Nesse sentido, o art. 4º, “caput” da Consolidação das Leis do Trabalho determina que o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, em regra geral, será considerado como de serviço efetivo.

Diante disso, a princípio, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o critério do tempo posto à disposição do empregador.

Acerca dessa teoria, Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 794), dispõem:

O critério do tempo à disposição do empregador no sentido restrito fundamenta-se na natureza do trabalho do empregado, isto é, na subordinação contratual, de modo que o empregado é remunerado por estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando.

Por fim, o critério referente ao tempo *in itinere*, também conhecido como tempo à disposição do empregador no sentido amplo, considera como jornada de trabalho o tempo despendido no percurso de casa para o local de trabalho, bem como o período de retorno para casa.

Rodrigo Inocente Sasso (2015) aduz que a evolução mercadológica e a complexidade das relações de trabalho impuseram uma flexibilização no conceito até então adotado e expresso no art. 4º da CLT. Nesse ínterim, menciona a situação vivenciada pelos trabalhadores de minas em subsolo e, também, pelos trabalhadores portuários e aqueles que exerciam suas atividades em alto mar, os quais despendiam muito tempo para chegar ao local de trabalho e apenas recebiam pelo período efetivamente trabalhado ou pelo tempo à disposição do empregador no posto de trabalho.

Diante disso, considerando a necessidade de cômputo do período utilizado para chegar ao local de trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 90, publicada em 26 de setembro de 1978, cuja redação original determinava: “O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local do trabalho e no seu retorno, é computável na jornada de trabalho.” (BRASIL, 2016, p. A-24).

No entanto, após o transcurso de 2 (dois) meses de sua publicação, houve alteração no conteúdo da mencionada súmula, que foi publicada nos seguintes termos: “O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.” (BRASIL, 2016, p. A-24).

A mencionada súmula originou-se a partir de diversos precedentes, dentre os quais destacar-se-á o Recurso de Revista nº 4378/77, no qual consta o seguinte trecho:

Mérito – Tempo em que o empregado está à disposição do empregador é de serviço, para todos os efeitos legais (CLT, artigo 4). É dessa natureza aquele gasto no transporte fornecido pela empresa, para o local de trabalho, no interesse mais dela do que dos trabalhadores. Se o serviço é prestado longe do centro urbano, em local não servido por linhas regulares de transporte, empenha-se a empresa a arrebatar o seu pessoal até o lugar da prestação, onde se efetua o corte do mato e o plantio a que, por isso mesmo, varia sempre de locais.

Com o aperfeiçoamento do instituto através de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho passou a ter a seguinte redação:

HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o

adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) (BRASIL, 2016, p. A-23).

Em conformidade com o entendimento jurisprudencial, houve a inserção, através da Lei nº 10.243/01, do parágrafo 2º ao art. 58 da CLT que prevê: “O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

Considera-se que tal inovação no ordenamento jurídico representou expressivo marco legislativo, uma vez que passou a reconhecer o direito do trabalhador ao cômputo do tempo despendido para chegar ao local de trabalho nos casos em que for de difícil acesso e houver o fornecimento de meio de transporte pelo empregador.

A respeito das horas *in itinere*, Sergio Pinto Martins (2017, p. 752) destaca: “Nesse caso, a jornada de trabalho inicia-se com o ingresso na condução fornecida pelo empregador e termina com a saída do empregado da referida condução ao regressar ao ponto de partida”.

Diante do exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotava um sistema híbrido para a formação do conceito da jornada de trabalho, admitindo o critério do tempo à disposição e, em casos excepcionais, a do critério do tempo *in itinere*.

### **1.1 Elementos essenciais à configuração das horas *in itinere***

Conforme anteriormente mencionado, a inclusão do tempo *in itinere* na jornada de trabalho, apenas se dava em situações excepcionais, quando verificadas as condições autorizadoras. De acordo com a súmula 90 do TST e o art. 58, §2º da CLT, a caracterização das horas *in itinere* dependia dos seguintes elementos: que o local de exercício das atividades seja de difícil acesso ou não servido pelos meios de transporte público e, ainda, que o empregador forneça a condução necessária para o transporte.

No que tange ao primeiro elemento, Rodrigo Inocente Sasso (2015) relata que muitas empresas acabam fixando suas instalações em locais distantes dos centros urbanos, seja em virtude da natureza da atividade que exercem, seja visando a proximidade com a matéria prima utilizada ou, ainda, em razão da concessão de benefícios tributários.

Nesses casos, é comum que as empresas fixadas em locais de difícil acesso forneçam aos seus empregados meio de transporte próprio, visando garantir mão de obra suficiente à realização de suas atividades e viabilizar o empreendimento. No entanto, não é crível que os empregados sejam prejudicados por uma escolha da empresa, a qual, buscando se beneficiar, se instalou em local distante e não servido de transporte público. Por essa razão, conclui ser responsabilidade do

empregador arcar com o tempo despendido pelo empregado para chegar ao posto de trabalho.

Ademais, importa ressaltar o caráter subjetivo que possui o termo “local de difícil acesso”. Por essa razão, muitas são as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do conceito.

Nessa perspectiva, Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 783) preleciona que as empresas fixadas em centros urbanos não tendem a configurar locais de difícil acesso, já que, em regra, o acesso é facilitado por transporte público. Para o autor, os locais de difícil acesso serão verificados com mais frequência em zonas rurais, assim dispondo:

Percebe-se, em decorrência do exposto, que a prática jurisprudencial tem formulado duas presunções concorrentes, que afetam, é claro, a distribuição do ônus da prova entre as partes processuais: presume-se de fácil acesso local de trabalho situado em espaço urbano; em contrapartida, presume-se de difícil acesso local de trabalho situado em regiões rurais (presunções *juris tantum*, é claro).

Em sentido oposto, Rodrigo Inocente Sasso (2015) argumenta que a caracterização do local como de difícil acesso independe da distância do centro urbano e do tempo de deslocamento, mencionando a possibilidade de uma empresa encontrar-se afastada dos centros urbanos e possuir primorosa prestação de transporte público e, também, a empresa localizar-se no centro urbano, mas não coberto de transporte público regular. Nesse sentido, expõe:

Concluimos assim que, de difícil acesso é o local de trabalho que, independente da distância do centro urbano, encontra-se afastado do perímetro coberto por transporte público regular, o que caracteriza, *per si*, um ônus ao trabalhador pelo extraordinário esforço em atingi-lo (SASSO, 2015, p. 86).

Salienta-se, ainda, que mesmo nos casos em que existe o fornecimento de transporte público, havendo inviabilidade de utilização por incompatibilidade de horário, o empregado faz jus ao pagamento das horas *in itinere*, em conformidade com o que dispõe o item II da súmula 90 do TST.

No caso de incompatibilidade de horários entre o transporte público fornecido e o horário de trabalho do empregado, não há que se falar em insuficiência do transporte público, que, nos termos do item III da súmula 90 do TST, não ensejava o pagamento de horas *in itinere*, uma vez que o serviço é inexistente, e não insuficiente, no horário em que o empregado necessita.

Convém mencionar o seguinte julgado nesse sentido:

HORAS *IN ITINERE* - LOCAL DE DIFÍCIL ACESSO - FORNECIMENTO DE CONDUÇÃO PELA EMPRESA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Verificando-se que a empresa reclamada é estabelecida no interior do Estado, em local caracterizado como de difícil acesso, e que disponibiliza transporte para seus empregados, principalmente porque demonstrada a incompatibilidade de horários entre o transporte público e os horários de entrada ou saída do obreiro, com fulcro no item II da Súmula nº 90 do C. TST e sendo as horas *in itinere* deferidas razoáveis e certas perante as provas do processo, mantém-se a sentença. (BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 20 Região. Recurso Ordinário nº 0002427-80.2016.5.20.0016. Relator: Maria das Gracas Monteiro Melo. Segunda Turma. Data de Julgamento: 04 jul. 2017)

Ademais, convém mencionar que, conforme prevê o item IV da súmula 90 do TST,

havendo transporte público em parte do trajeto realizado pelo empregador, apenas seria incluído na jornada de trabalho o período referente ao qual inexistir transporte público disponível.

Diante do exposto, é possível concluir que havendo transporte público diário e constante, de modo a garantir ao trabalho meio de locomoção ao seu local de trabalho, mesmo nos casos em que fosse longa a distância percorrida, não havia a caracterização de horas *in itinere*.

Conforme anteriormente mencionado, outro elemento essencial à caracterização do tempo *in itinere* era o fornecimento de transporte pelo empregador, mesmo nos casos em que o serviço for prestado por intermédio de outra empresa.

Nessa perspectiva, Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 783) destaca: “É óbvio que não elide o requisito em exame a circunstância de o transporte ser efetivado por empresa privada especializada contratada pelo empregador, já que este, indiretamente, é que o está provendo e fornecendo”.

Algumas empresas, buscando se eximir do pagamento das horas *in itinere*, atribuíam o pagamento total ou parcial do transporte ao empregador. Dessa maneira, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 320, que prevê: “O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas "in itinere"

Sergio Pinto Martins (2017, p. 802):

No caso, o que ocorre com a cobrança do transporte é que este não é considerado salário in natura, por ser oneroso e não gratuito, mas para efeito das horas in itinere não há qualquer influência, pois o que importa é ser fornecido transporte pelo empregador para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular.

Desse modo, verificadas as exigências mencionadas, deveria haver a inclusão do tempo de percurso na jornada de trabalho do empregado, sendo consideradas como extraordinárias e pagas com adicionais as horas que extrapolassem o limite constitucionalmente previsto.

Necessário destacar, ainda, o caráter social do critério que levava em consideração, nos casos previstos, as horas itinerantes para a definição de jornada de trabalho, já que, conforme anteriormente mencionado, não pode o empregado ser prejudicado em benefício do empregador, que optou se instalar em local de difícil acesso e que, buscando garantir o prosseguimento do seu empreendimento, fornece transporte ao seu empregado.

O direito à inclusão das horas *in itinere* na jornada de trabalho, proveniente de norma infraconstitucional exposto e entendimento jurisprudencial consolidado, visava a melhoria da condição social do trabalhador, em conformidade com os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

O mencionado direito garantia que os trabalhadores que, muitas vezes, se deslocam por longos períodos em benefícios de seus empregadores fossem remunerados por esse tempo à disposição, quando observados os elementos essenciais que permitissem sua configuração.

## **1.2 A relativização do direito às horas in itinere através de instrumentos coletivos**

A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXVI, reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, os quais são conceituados pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, conforme determina o art. 611 da CLT, convenções coletivas são acordos firmados entre dois ou mais sindicatos representativo, de um lado àquele representativo dos trabalhadores e de outro àquele que representa os interesses dos empregadores. Os acordos coletivos, por sua vez, são celebrados pelo sindicato profissional e por uma mais de uma empresa, buscando regulamentar as condições de trabalho, nos termos do art. 611, §1º da CLT.

Desta feita, surge a possibilidade de que instrumentos de negociação coletiva flexibilizem alguns direitos trabalhistas, em especial aqueles relacionados à jornada de trabalho e ao salário. Quanto ao cabimento de convenções ou acordos coletivos na relativização das horas *in itinere*, Sergio Pinto Martins (2017, p. 802) defende:

A norma coletiva não pode suprimir o direito às horas in itinere, por se tratar de tempo à disposição do empregador (art. 4º, CLT). Se o tempo de trajeto é superior ao fixado na norma coletiva, deve prevalecer o princípio da realidade. A limitação deve atender ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, sem suprimir ou reduzir o direito do empregado.

Ainda para o autor, a norma coletiva não pode prever o pagamento das horas sem adicional e reflexos, sendo vedado, ainda, estabelecer que a natureza do tempo de percurso é indenizatória.

Do mesmo modo, Rodrigo Inocente Sasso (2015) aduz que a doutrina e jurisprudência atual consolidaram a impossibilidade de supressão do direito às horas *in itinere*, por se tratar de hipótese de flagrante desrespeito a preceitos imperativos e de caráter protecionista.

Nesse sentido, segue julgado recente do TST:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA (CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.) INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. SUPRESSÃO. INVALIDADE. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, após a edição da Lei 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao artigo 58 da CLT, o direito às horas in itinere passou a ser assegurado por norma de ordem pública, cogente, não podendo prevalecer a supressão do direito por meio de negociação coletiva, sob pena de se admitir a restrição de direito indisponível do trabalhador. Precedentes. Acórdão em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. [...] (ARR - 1803-02.2012.5.06.0391 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 14/12/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/02/2017)

No entanto, entendimento normativo e jurisprudencial diverso existe quanto à viabilidade de fixação prévia do tempo de percurso.

Convém mencionar a Lei Complementar 123/2006, que incluiu o §3º ao artigo 58 da CLT, que determinava a possibilidade de prefixação do tempo médio despendido pelo empregado no caso de caracterização das horas *in itinere*. No entanto, a previsão legal se restringia às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo exigido, ainda, que a fixação fosse realizada através de acordo ou convenção coletiva, já que nesses casos há o intermédio do sindicato profissional.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins (2017) preleciona que mesmo nesses casos a norma coletiva não pode prefixar tempo de trajeto em período inferior ao real, uma vez que estariam sendo violados direitos do trabalhador.

Em outro viés, ressalta-se que o entendimento predominante do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema era no sentido de conferir interpretação extensiva ao art. 58, §3º, da CLT, possibilitando que mesmo as empresas não enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte celebrem acordo ou convenção coletiva limitando o direito às horas *in itinere*.

Ademais, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI 1 do TST estabeleceu parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade na prefixação das horas *in itinere*, possibilitando a fixação de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, do tempo efetivamente gasto, conforme segue jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. PREFIXAÇÃO. PROPORCIONALIDADE  
1. A iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, à luz do princípio da autonomia privada coletiva (CF, art. 7º, XXVI), confere interpretação extensiva ao preceituado no art. 58, § 3º, da CLT, de forma a considerar válida norma coletiva que fixa previamente o quantitativo das horas *in itinere*, independentemente do porte da empresa. 2. A validade da norma coletiva que preestabelece o tempo médio despendido no percurso de ida e volta ao trabalho condiciona-se, todavia, à satisfação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a evitar a flagrante discrepância entre as horas *in itinere* efetivamente gastas e a média prefixada mediante negociação coletiva. Precedentes da SbDI-1 do TST. 3. Válida a cláusula de norma coletiva que limita em 1 (uma) hora diária o tempo de percurso médio efetivo (ida e volta) de 2 (duas) horas por dia, haja vista que, segundo critério consolidado no âmbito da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, há razoabilidade na prefixação de um tempo médio de percurso de pelo menos metade (50%) do tempo real. 4. Recurso de revista da Reclamada de que se conhece e a que se dá provimento. (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista 2219-93.2013.5.06.0371 Relator João Oreste Dalazen. Quarta Turma. Data de Julgamento: 01 fev. 2017)

Ainda que a jurisprudência e a doutrina fossem pacíficas quanto à impossibilidade de supressão do direito, tal discussão não é uníssona quanto à limitação ou prefixação do tempo médio despendido pelo trabalhador.

Em que pese alguns doutrinadores defenderem a vedação de fixação prévia em tempo inferior ao efetivamente despendido, o entendimento jurisprudencial é de que a limitação pode ocorrer através de instrumentos coletivos, assegurando a intervenção do sindicato representante dos interesses dos trabalhadores, desde que respeitados os critérios da razoabilidade e

proporcionalidade.

Contudo, com o advento da reforma trabalhista todos os entendimentos e jurisprudências citadas até aqui passam a não ter mais grande valor prático, tendo em vista o direito as horas in itinere ter sido suprimido, vez que tal instituto sequer encontra previsão atualmente na CLT. À partir do próximo capítulo, serão analisados os novos rumos que a legislação trabalhista tomou e quais seus impactos em relação às horas in itinere.

## **2. REFORMAS TRABALHISTA E OS IMPACTOS DIRETOS GERADOS AOS TRABALHADORES**

Vista como necessária pelo governo federal, a reforma na Consolidação das Leis Trabalhistas é algo que divide opiniões dos operadores do direito e da população de um modo geral quanto de serem positivas ou não para a classe trabalhadora.

Temos na Lei nº. 13.467/2017 um marco no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, pois esta recente alteração legislativa, popularmente chamada de “Reforma Trabalhista”, nos traz inúmeras mudanças significativas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterações estas que atingem diretamente a nova rotina dos trabalhadores brasileiros a partir da aprovação de tal lei. Através de uma breve análise nesta reforma, nos deparamos com mais de 100 (cem) pontos da Consolidação das Leis Trabalhistas que foram alterados, sendo que esta lei (promulgada em 13 de julho de 2017) entrou em vigor em 10 de novembro de 2017, e com toda a certeza já vem trazendo impactos para a vida do trabalhador.

É inegável tratar-se de uma reforma que atingiu de maneira pontual, inúmeros direitos dos trabalhadores que já faziam parte de suas vidas há muitos e muitos anos, sendo que, muitos desses direitos eram vistos como direitos fundamentais. Uma dessas mudanças é relacionada ao fim das horas in itinere, contudo, antes de adentrarmos especificamente no tema, analisaremos um pouco as reformas propriamente ditas.

Importante ressaltar, que se trata de tema totalmente atual e de doutrina escassa acerca das modificações propriamente ditas, logo, o que será apresentado é um panorama com algumas das principais mudanças e algumas opiniões acerca da reforma da CLT, tendo em vista que os doutrinadores ainda não atacaram a fundo tal reforma, sendo que as novas obras se limitaram apenas a breves análises acerca das modificações legais.

Em uma primeira análise de acerca da reforma trabalhista, fica evidente que inúmeros estão sendo os prejuízos aos trabalhadores com a entrada em vigor da mesma, contudo, para os defensores desta, se trata de modernização das leis trabalhistas, que na prática irá gerar mais empregos de carteira assinada. Nesse sentido, o Ministro da fazenda Henrique Meirelles teceu o

seguinte comentário após sancionada a reforma:

O governo sanciona hoje a reforma trabalhista, que fará o Brasil ter uma legislação moderna e atual para as relações de trabalho. Esta nova era nas relações de trabalho garantirá maior produtividade e criará maiores oportunidades de emprego. Menos engessado, o mercado de trabalho vai permitir ao país produzir mais e melhor, com maiores chances de criação de empregos”, disse o ministro. “A modernização das leis trabalhistas mostra que estamos no caminho certo para a retomada do crescimento do Brasil. O Brasil está saindo de sua maior recessão, a inflação caiu e, agora, com as novas regras trabalhistas, damos um passo para gerar empregos”, completou o ministro. (VENTURA, 2017)

Por óbvio, para o governo e sua base aliada, tratou-se de uma reforma que com toda a certeza veio para melhorar a vida do trabalhador e, conseqüentemente, as relações trabalhistas, também se baseando os defensores daquela, no fato de todos os países de legislações trabalhistas “mais modernas” possuírem menos leis e uma força maior dada aos acordos coletivos. Sobre as convenções coletivas, segue ponto de vista do relator, deputado Rogério Marinho (PSDB/RN):

O relator restringiu a análise da convenção trabalhista pela Justiça do Trabalho à conformidade dos elementos essenciais ao acerto do negócio jurídico. O Executivo tinha sugerido a análise preferencial desses pontos, mas sem excluir outros. Pelo texto, a Justiça do Trabalho, ao analisar a convenção trabalhista, deve seguir o princípio da intervenção mínima na autonomia da negociação. A vantagem compensatória ao trabalhador em caso de flexibilização de algum direito previsto em lei por negociação coletiva deixa de ser obrigatória e passa a ser opcional com o substitutivo. Pelo relatório de Marinho, a ausência de contrapartidas não torna nula a convenção. Caso a flexibilização seja anulada pela Justiça, também será anulada a vantagem compensatória correspondente. O sindicato que participar da convenção deverá também ser parte na ação que queira anular cláusulas da negociação. (BERNARDO JUNIOR, 2017).

Vemos assim nessa questão do fortalecimento das convenções coletivas, a essência da reforma trabalhista, passando a ter mais valor a negociação do que a legislação, o que levou a essa maior flexibilização do direito posto na CLT. A ideia foi, indubitavelmente, permitir que a negociação coletiva prevaleça sobre o direito do Trabalho, permitindo assim que o trabalhador negocie seus direitos com o empregador (renuncie ou transija direitos assegurados constitucional ou legalmente) sendo o que se busca com isso, principalmente a maior geração de empregos e melhores condições de serviço à classe trabalhadora, não sendo analisada assim de forma alguma a existência de hipossuficiência daquela em face da classe dominante tomadora de seus serviços.

Ora, é evidente que para aqueles ditos defensores dessas reformas realizadas, tratou-se de um verdadeiro caminho para a solução de vários problemas na relação empregado x empregador, e que aos poucos colocará a legislação trabalhista do país em um novo patamar, sendo a eventual “perda de direitos” dos trabalhadores apenas uma análise rasa dessas mudanças, que na prática viriam a somar muito mais elementos positivos do que negativos.

A respeito do posicionamento do relator do projeto, também é relevante citar aqui o seguinte trecho de seu parecer enviado à CCJ:

O Brasil de 1943 não é o Brasil de 2017. Há 74 anos éramos um país rural, com mais de 60% da população no campo. Iniciando um processo de industrialização, vivíamos na

ditadura do Estado Novo, apesar disso, o governo outorgou uma legislação trabalhista que preparava o país para o futuro. Uma legislação que regulamentava as necessidades do seu tempo, de forma a garantir os patamares mínimos de dignidade e respeito ao trabalhador. Hoje, estamos no século XXI, na época das tecnologias da informação, na época em que nossos telefones celulares carregam mais capacidade de processamento do que toda a NASA quando enviou o homem à lua. As dinâmicas sociais foram alteradas, as formas de se relacionar, de produzir, de trabalhar mudaram diametralmente. Novas profissões surgiram e outras desapareceram, e as leis trabalhistas permanecem as mesmas. Inspiradas no fascismo de Mussolini, as regras da CLT foram pensadas para um Estado hipertrofiado, intromissivo, que tinha como diretriz a tutela exacerbada das pessoas e a invasão dos seus íntimos. O respeito às escolhas individuais, aos desejos e anseios particulares é garantido pela nossa Lei Maior. Não podemos mais negar liberdade às pessoas, não podemos mais insistir nas teses de que o Estado deve dizer o que é melhor para os brasileiros negando-os o seu direito de escolher. Precisamos de um Brasil com mais liberdade. Temos uma lei trabalhista que ainda diz que a mulher não merece as proteções legais se for empregada de seu pai ou marido, que ainda divide o país em 22 regiões, incluindo o Território do Acre. Pasmem, nossa lei ainda diz que a mulher casada não precisa pedir permissão do marido para litigar na Justiça trabalhista. Apesar desses exemplos, existem pessoas que insistem em dizer que a legislação não precisa de atualizações. Estou convicto de que precisamos modernizar a legislação trabalhista brasileira. Precisamos abandonar as amarras do passado e trazer o Brasil para o tempo em que estamos e que vivemos, sem esquecer do país que queremos construir e deixar para nossos filhos e netos. Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. É com essa visão particular que vislumbramos a presente modernização: a necessidade de trazer as leistrabalhistas para o mundo real, sem esquecer dos seus direitos básicos e das suas conquistas históricas que, por sua importância, estão inseridos no artigo 7º da Constituição da República. Precisamos evoluir, precisamos nos igualar ao mundo em que os empregados podem executar as suas atividades sem que estejam, necessariamente, no estabelecimento; em que a informatização faz com que um empregado na China interaja com a sua empresa no Brasil em tempo real; um mundo em que se pode, e se deve, conferir maior poder de atuação às representações sindicais de trabalhadores e de empregadores para decidirem, de comum acordo, qual a melhor solução para as partes em momentos determinados e específicos. (BRASIL, Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, 2017)

Em outra seara, encontram-se aqueles que foram e são contrários a tais reformas, posicionamento este adotado pela maior parte da população. Inicialmente, pelas informações veiculadas na mídia sobre as modificações na CLT, de pronto, boa parte da população, sindicatos e partidos de oposição se posicionaram contrários devido ao tamanho choque que a perda de muitos direitos e modificações em tantos outros trariam à classe trabalhadora.

São muitos os argumentos contrários, e em um primeiro momento se mostram muito mais palpáveis do que os favoráveis às alterações legislativas ocorridas com a aprovação da reforma trabalhista. Dentre tais argumentos, podem ser citados alguns deles que talvez expliquem de forma mais clara e direta o temor existente na população quanto a maioria das modificações: fim da contribuição sindical obrigatória que enfraqueceria a classe trabalhadora nas negociações coletivas. Acerca disso, segue trecho que mostra a perda significativa de renda que os sindicatos terão com o fim da contribuição sindical obrigatória:

Em 2016, a contribuição sindical obrigatória recolheu R\$ 3,9 bilhões para cerca de 11 mil sindicatos de trabalhadores e 5.000 patronais. Desse montante, R\$ 15,3 milhões foram para

a UGT. Entre sindicalistas, porém, não há consenso em torno dessa proposta. A CUT (Central Única dos Trabalhadores), que em 2016 foi a entidade que mais recebeu contribuição sindical, R\$ 59,8 milhões, apoia o fim do recolhimento obrigatório desde que seja substituído por uma taxa negocial definida em assembleia do sindicato com os trabalhadores, diz Sérgio Nobre, secretário-geral (PERRIN, 2017).

Desta feita, muito se entende sobre o temor a essas mudanças legislativas, visto que com esse aparente enfraquecimento financeiro dos sindicatos, os trabalhadores percebem o risco iminente de terem um enfraquecimento daqueles que lutam por seus direitos, não conseguindo perceber de que forma haveria aquela tão falada melhoria na relação e negociação entre empregado e empregador.

Assim, com a reforma dos direitos trabalhistas, o art. 579 da CLT, que versa sobre o desconto da contribuição sindical, passará a ter a seguinte redação, o tornando facultativo ao trabalhador e dependente de prévia autorização:

O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria (MANUS, 2017).

Há também, evidentemente, fortíssimo duelo político por trás da discussão acerca da reforma trabalhista, onde para os partidos opositores ao governo as mudanças na CLT vêm no sentido de atenderem aos interesses das grandes empresas e conseqüentemente dos grandes empresários, acusando assim aqueles que votaram a favor de tal reforma de estarem “contra a população”, existindo aqueles mais exaltados que falam, inclusive, que é o começo do “fim da CLT”. Todavia, não é a intenção deste trabalho versar sobre discussões políticas de forma aprofundada, mas sim analisar quais os impactos trazidos a vida da população com isso.

Desta feita, apresentados os principais aspectos em que está envolta a polêmica reforma da CLT, passamos agora ao tema central deste trabalho, que é o fim (ou relativização) das horas *in itinere*, tema este que será abordado no próximo tópico.

### **3 O FIM DAS HORAS *IN ITINERE* COM A REFORMA TRABALHISTA**

#### **3.1 Horas *in itinere* como direito fundamental**

Grave é a supressão do direito às horas *in itinere*, sobretudo por se tratar de um direito social para a melhoria das condições dos trabalhadores que podemos enquadrar como um direito fundamental.

Luiz Alberto David Araujo (2005, p.109) fez uma breve análise quanto a divisão e conceituação dos direitos e garantias fundamentais:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser

humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Evidentemente, poderíamos discorrer amplamente acerca do que são direitos e garantias fundamentais, contudo, não é o foco do presente trabalho, bastando apenas a breve exposição doutrinária, que representa o pensamento majoritário, acerca dos direitos e garantias fundamentais.

No art. 7º, caput da Constituição Federal de 1988, temos prevista a afirmação trazida no início do capítulo, onde trouxe o legislador apresentou inúmeros direitos dos trabalhadores, tratando-se de rol não taxativo, podendo se estender a todos os demais direitos que estejam dispostos no sentido de melhorar as condições dos trabalhadores, o que é o caso das horas in itinere, tratando-se o instituto de um direito social, logo, um direito fundamental.

Nesse sentido, também era o entendimento jurisprudencial dos Tribunais, como no julgado que segue:

O denominado tempo de percurso ou horas *in itinere* é direito fundamental. A jornada de trabalho e as regras de tutela do tempo de trabalho e de tempo à disposição detêm natureza de ordem pública. Traduzem princípios de segurança e saúde para o trabalhador. São manifestações do direito de personalidade, uma das vertentes dos Direitos Humanos. A higidez física e mental do trabalhador é fortemente comprometida com o excesso de jornada. Acrescente-se que em se tratando de trabalho realizado em condições penosas, como na hipótese em julgamento, e, muitas vezes, até mesmo insalubres, constata-se também o desrespeito aos princípios internacionais de proteção à saúde do trabalhador. A supressão desse direito mediante acordo coletivo atenta, não somente contra o texto da lei, mas, sobretudo, contra as normas constitucionais que asseguram condições mínimas de proteção à integridade física e mental do trabalhador. Também agride a Constituição Federal, que expressa no artigo 1º, os fundamentos da República, entre os quais ressaltam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Igualmente fere o seu artigo 3º que tem como um dos objetivos do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos os homens, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Desconsidera, por igual, o artigo 170, que exige que a ordem econômica observe a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego. Sendo assim, não pode ser suprimido o pagamento das horas de percurso. Visando alcançar uma interpretação que atenda aos objetivos da negociação coletiva, sem perda dos direitos fundamentais do trabalhador, uniformiza-se, nesta Corte, o entendimento, já consagrado pelo Colendo TST, no sentido de que se situa na margem aberta à negociação coletiva a abstrata estimativa do tempo médio pré-agendado, sabendo-se que esse tempo não considera situações individualizadas. Observa o conjunto da dinâmica das empresas envolvidas, com inúmeras e variadas distâncias existentes ao longo dos pontos de acesso e frentes de trabalho, sempre observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na definição do número fixo de horas a serem pagas, com o objetivo de não desbordar para a supressão do direito do empregado. Sendo assim, o Poder Judiciário cumpre sua missão de efetivar o trabalho decente, negando eficácia às normas fruto de negociação coletiva que, a pretexto de regularem o trabalho humano, recusem a distribuição justa e equitativa de riquezas, que não protejam a integridade e dignidade do Trabalhador. (IUI - 0000220-83.2015.5.06.0000, Redatora: Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo, Data de Julgamento: 11/12/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 18/02/2016)

Logo, fica evidente o fato de inúmeras interpretações serem no sentido do instituto das horas in itinere ser um direito fundamental, o que torna ainda mais delicado e questionável a supressão do mesmo com o advento da reforma trabalhista.

Todavia, parece o legislador não ter se atentado (ou se importado) aos reflexos negativos que a supressão de tal instituto traria aos trabalhadores que se utilizavam dele, sendo apenas mais um dos inúmeros pontos questionáveis dessa reforma, atacando um direito fundamental (dentre muitos outros atacados) que visava a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

### **3.2 Supressão de um direito social do trabalhador**

A remuneração das chamadas horas in itinere pelo empregador ao empregado, foi uma das alterações trazidas pela reforma trabalhista, e talvez um dos pontos mais polêmicos da nova lei aprovada, não passando a valer mais aquilo que se encontrava disposto no § 2º do artigo 58 da CLT, que tratava sobre o pagamento de horas in itinere, horas de trajeto ou horas de percurso.

Tal questão esteve desde sempre no centro de discussões, controvérsias e debates dentro de algumas empresas que a pagavam por determinação legal, uma vez que analisando sob a ótica do contratante, esse valor acrescentado para que o empregador consiga fornecer meio de transporte ao empregado, acaba se tornando um desestímulo para que seja fornecido tal benefício a seus funcionários.

Isso acabava por propiciar uma situação desconfortável e lastimável, na qual os trabalhadores têm de buscar seus próprios meios para chegar ao serviço, em regra por meios pouco seguros, como por compartilhamento de motocicletas, superlotação de veículos, etc., o que inclusive torna mais perigoso e suscetível de acidentes o percurso para o trabalho.

Nesse sentido, veio a reforma trabalhista visando relativizar tal polêmica. Assim, com a alteração legislativa, onde não é mais obrigado por lei o dono da empresa a conceder as horas in itinere aos empregados para que cheguem a empresa quando localizada em local de difícil acesso ou de excessiva morosidade em sua chegada, vem no sentido de dificultar significativamente a vida do trabalhador nessa situação e que dependia de tal direito ser atendido.

Antes da modificação legislativa, todo o tempo em que o funcionário estava à disposição do empregador era tido como jornada de trabalho, mesmo que o profissional não estivesse, de fato, trabalhando. Desta feita, o tempo de deslocamento do empregado até o local onde exerce suas atividades, desde que preenchidos os requisitos legais já apresentados no primeiro capítulo, tinha tal jornada computada em sua jornada de trabalho, fato este que agora não ocorre mais, via de regra.

Acerca das modificações no tocante ao tempo despendido pelo empregado de sua residência até o local de trabalho, fez o relator do projeto, deputado Rogério Marinho (PSDB) a seguinte consideração em seu parecer:

Art. 58 O TST pacificou entendimento de que o tempo despendido pelo empregado até o local do trabalho integra a sua jornada de trabalho, incluindo nessa hipótese até mesmo o tempo gasto no transporte que o empregador concedia por sua liberalidade aos seus

empregados. Decidiu, ainda, o Tribunal que, uma vez que esse tempo é computado na jornada de trabalho, o que extrapolar a jornada legal deve ser considerado como hora extra, sobre ela incidindo o adicional. A nossa intenção é a de estabelecer que esse tempo, chamado de hora in itinere, por não ser tempo à disposição do empregador, não integrará a jornada de trabalho. Essa medida, inclusive, mostrou-se prejudicial ao empregado ao longo do tempo, pois fez com que os empregadores suprimissem esse benefício aos seus empregados. Acreditamos que, a partir da aprovação do dispositivo, esse benefício volte a ser concedido [...] (BRASIL, Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, 2017)

Ou seja, na lei aprovada a cerca de um ano, todo o tempo gasto pelo empregado de seu domicílio até o local de trabalho (local onde exerce efetivamente suas funções), e para regresso de seu labor até sua casa, não será tal lapso temporal desprendido pelo empregado computado dentro da jornada de trabalho, tendo em vista que, como disse o relator, não é tempo a disposição do empregador. Isso valerá para trajetos feitos a pé, dentro da fábrica ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador.

Da maneira que a lei foi aprovada, independentemente do tempo de deslocamento tanto do local de trabalho para a casa, quanto da casa para o trabalho ser realizado através de transporte público ou o fornecido pelo seu empregador, não será considerado para fins legais tempo que o empregado ficou à disposição do empregador, não fazendo assim jus a remuneração alguma. Em outras palavras: legalmente não existe mais previsão de horas in itinere.

Entretanto, não parece que na prática tal questão se desenhe realmente dessa maneira tão positiva quanto é apresentada pelos defensores da reforma, e nem de maneira tão simples. Pensemos na hipótese dos trabalhadores rurais, que chegam a gastar mais de uma hora se deslocando da sua residência ao local onde exerce efetivamente suas funções, sendo que, não tendo esse período de tempo computado em sua carga-horária e não remunerada, parece ser algo nada razoável.

Para efeitos de comparação, não tem como analisar a situação de um trabalhador nas situações acima citadas com a situação de um trabalhador de um centro urbano, independentemente deste utilizar transporte público ou o fornecido pela empresa. Logo, não é válido, se analisado este pequeno exemplo, o argumento de que isso equipararia os dois tipos de empregados, sendo que se um não recebe o outro também não precisa receber.

Tal ponto de vista, parte do raciocínio que serviria como um incentivo ao empregador fornecer transporte aos empregados por não estar mais lhe sendo custoso em seu caixa a questão das horas in itinere. Em outras palavras o que o legislador quis dizer foi: forneça o transporte a seus empregados, pois não pesará mais no seu bolso o pagamento das horas in itinere.

Todavia, há ainda uma remota possibilidade das horas in itinere perdurarem na vida do trabalhador. Por ser o foco dessa reforma o fortalecimento das convenções trabalhistas, o art. 611-A da CLT conta com um rol de matérias que se tratadas em convenções ou acordos coletivos terão

força de lei, vejamos:

Art. 611-A A Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho tem força de lei quando dispuser sobre: I- Parcelamento do gozo das férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional aos respectivos gozos, sendo que uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas ininterruptas de trabalho; II- Pactuar a forma de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a 220 (duzentos e vinte) horas mensais; III- Participação nos Lucros e Resultados da Empresa, incluindo seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas; **IV- Horas in itinere**; V- Intervalo intrajornada, respeitando-se o limite mínimo de trinta minutos; VI- Dispor sobre a ultratividade da norma ou instrumento coletivo de trabalho da categoria; VII- Ingresso no Programa de Seguro-Emprego (PSE); VIII - Plano de cargos e salários; IX- Banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento); X- Trabalho remoto; XI- Remuneração por produtividade; e XII- Registro da jornada de trabalho (BRASIL, Projeto de Lei nº 6.787-B de 2016).

Assim, apenas como fruto de convenções coletivas é possível a presença das horas in itinere a partir da reforma trabalhista. Essa realidade vem gerando grande descontentamento em toda a classe trabalhadora que dependia do pagamento desta verba, visto que não há garantia alguma que convenções do gênero venham a existir, principalmente pelo fato da existência do pagamento desse “direito” trabalhista sempre ter sido alvo de controvérsias quanto ao seu adimplemento por parte dos empregadores.

Além de tudo o que já foi aqui citado, o fim da previsão legal das horas in itinere também vai contra entendimento que já era consolidado tanto no TST quanto nos tribunais do trabalho praticamente de forma geral, visto que tratava-se de questão pacificada (e sumulada, conforme apresentada no primeiro capítulo) a configuração de horas in itinere para funcionários que cumprissem os requisitos legais quanto ao tipo de deslocamento até o local de labor.

Logo, a nova legislação veio a acarretar inúmeras mudanças não só na rotina dos trabalhadores, mas também na maneira como o judiciário irá analisar as novas questões postas em casos concretos, uma vez que muito embora possa não ter mais previsão legal a questão da jornada in itinere, em muitos casos analisados iremos nos deparar com ofensas claras e diretas a direitos fundamentais do trabalhador, onde ele terá sim um aumento em sua jornada, levando enorme lapso temporal para ir e voltar de sua residência ao local de trabalho, e ainda assim não terá esse tempo despendido incluso em sua jornada de trabalho.

Muito embora a reforma trabalhista já esteja em vigor a quase 1 (um) ano, ainda há um cenário extremamente nebuloso sobre como alguns institutos ficarão a longo prazo, contudo, apenas um é o prejudicado com toda essa incerteza e modificações: o trabalhador.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, uma coisa fica muito evidente: sofreram enorme prejuízo os trabalhadores

que gozavam do direito as horas in itinere, tendo em vista que a partir do momento em que a legislação trabalhista tirou de seu bojo a obrigatoriedade da existência de tal direito, tido como um direito social e fundamental, não tem como se ter a certeza mais, de que as empresas nas quais os funcionários faziam jus a essa espécie de verba trabalhista continuarão a concedendo.

Além disso, dentre os inúmeros pontos positivos citados acerca dessa reforma, que a pouco mais de um ano entrou em vigor, também paira a dúvida se na prática a longo prazo realmente funcionará da maneira que dizem seus defensores, uma vez que inicialmente há grande temor relacionado ao enfraquecimento da legislação e fortalecimento das convenções coletivas, sendo que o fim da contribuição sindical obrigatória traz também uma sensação de medo quanto ao possível enfraquecimento dos sindicatos.

Independentemente da reforma atingir positivamente ou não seus objetivos, é inegável que os trabalhadores rurais (principalmente) que faziam jus as horas in itinere, tiveram suas vidas muito afetadas, tendo em vista que muitos deles chegam a demorar mais de uma hora se deslocando de suas residências até onde exercem suas funções, e com tal lapso temporal não precisando mais incorporar obrigatoriamente suas jornadas, irão desprender muito mais tempo de seus dias com seus labores, afetando diretamente suas vidas pessoais, questões familiares, dentre muitos outros prejuízos.

Em momento algum a intenção do presente trabalho foi se posicionar de maneira política a favor ou contra a reforma e o fim das horas in itinere, mas sim apresentar os argumentos pró e contra as mudanças, e apresentar um ponto de vista baseado naquilo que está de fato ocorrendo em um primeiro momento com os trabalhadores.

Como última reflexão, vale lembrar que as horas in itinere ou qualquer outra mudança trazida com a reforma trabalhista estão afetando de forma direta não apenas a classe trabalhadora, mas também todos aqueles que compõe seu núcleo familiar, e que com toda a certeza o fim da obrigatoriedade de que os empregadores arquem com muitos direitos anteriores a reforma, irá sim gerar impactos negativos na vida dessas famílias,

Vemos como muito válida a ideia de se renovar a legislação trabalhista, visto que a sociedade está em constantes modificações e com isso o Direito também deve se renovar, contudo, apenas o passar do tempo irá mostrar se o fim das horas in itinere e todas as demais mudanças, trouxeram um saldo mais positivo do que negativo para os trabalhadores e economia do nosso país.

## **REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BERNARDO JUNIOR, Lucio. **Reforma trabalhista**: relator fortalece acordo coletivo sobre legislação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/529992-REFORMA-TRABALHISTA-RELATOR-FORTALECE-ACORDO-COLETIVO-SOBRE-LEGISLACAO.html>). Acesso em 28 jul. 2017.q

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016)>. Acesso em 03 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado (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: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Senado (2017). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 6.787-B de 2016**. Redação Final. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016)>. Acesso em 03 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico] – Brasília: Impressão e acabamento: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 20 Região. Recurso Ordinário nº 0002427-80.2016.5.20.0016. Relator: Maria Das Gracas Monteiro Melo. Segunda Turma. Data de Julgamento: 04 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.trt20.jus.br/standalone/jurisprudencia.php?origem=P&codigo=2139611&id=2159949>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 161-69.2010.5.15.0049, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Sétima Turma. Data de Julgamento: 14 out. 2015. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20161->

69.2010.5.15.0049&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOS4AAG&dataPublicacao=16/10/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 25 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista 701-34.2011.5.05.0511, Relator José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma. Data de Julgamento: 25 set. 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20701-34.2011.5.05.0511&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAM5CAAH&dataPublicacao=04/10/2013&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 26 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista 2219-93.2013.5.06.0371 Relator João Oreste Dalazen. Quarta Turma. Data de Julgamento: 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202219-93.2013.5.06.0371&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQocAAP&dataPublicacao=03/02/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABALHO. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1733-02.2014.5.09.0562, Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, Sétima Turma. Data de Julgamento: 14 dez. 2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201733-02.2014.5.09.0562&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQhsAAF&dataPublicacao=03/02/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 27 jul. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. Sao Paulo: LTR, 2009.

FRANZIN, Adriana; JADE, Líria. **Reforma Trabalhista**: veja ponto a ponto como ficou a lei aprovada pelo Congresso. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-07/reforma-trabalhista-veja-principais-mudancas-enviadas-sancao-presidencial>>. Acesso em 27 jul. 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33 ed. Sao Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Nascimento, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29 ed. Sao Paulo: Saraiva, 2015.

PERRIN, Fernanda. **Centrais discutem alternativas para fim do imposto sindical**. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1878658-centrais-discutem-alternativas-para-fim-do-imposto-sindical.shtml>>. Acesso em 02 ago. 2017.

SASSO, Rodrigo Inocente. Breves Ponderações acerca das horas in itinere. **Direito & Justiça Revista de Direito da PUCRS**, v. 41, n.1, p. 84-91, jan-jun, 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/19973/12669>>. Acesso em: 18 jul.

2017.

VENTURA, Manoel. Reforma trabalhista vai gerar empregos e aumentar produtividade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/reforma-trabalhista-vai-gerar-empregos-aumentar-productividade-diz-meirelles-21586177>. Acesso em: 01 ago, 2017.

# AS IMPLICAÇÕES NO DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM RAZÃO DO DIREITO E EXERCÍCIO DA VONTADE PARENTAL

Patricia Martins GARCIA<sup>1</sup>  
Dirceu Pereira SIQUEIRA

## RESUMO

A presente pesquisa, confeccionada sob o método dedutivo, objetiva investigar os períodos de desenvolvimento da consciência humana a partir de revisão bibliográfica sobre a Psicologia junguiana e compreender a dimensão do exercício da vontade parental na vida dos filhos. Aos detentores do poder familiar são incumbidos os deveres de criação e proteção dos filhos até o alcance da capacidade, eis que nos períodos da infância e adolescência se encontram peculiar condição de desenvolvimento, incapazes de gerir os atos da própria vida, compreendidos como vulneráveis. Pretende-se demonstrar que o desenvolvimento da pessoa inicia-se com o nascimento e, em um processo temporal, o sujeito é estruturado em decorrência dos atos praticados pelos pais, detentores do poder familiar e que exercem sua autonomia parental em relação aos filhos. Será demonstrado que os direcionamentos educacionais, religiosos, culturais, entre outros iniciados na infância, são marcos que se incorporam às atividades da vida dos filhos e, por isso, devem proteger os seus interesses, já que são fatores que determinam sua sociabilidade e personalidade. Coloca-se de um lado os interesses infanto-juvenis e do outro, os poderes da autoridade parental e objetiva-se identificar, através do bem jurídico tutelado e a partir de uma análise jurisprudencial, as interferências judiciais nas decisões parentais efetivando a preservação do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantia Constitucional de Desenvolvimento da Personalidade. Dirigismo do Estado no Poder Familiar. Autonomia Parental. Interesse da Criança e do Adolescente.

## ABSTRACT

The present research, made under the deductive method, aims to investigate the periods of development of human consciousness from a bibliographic review on Jung's Psychology and to understand the dimension of the exercise of parents' autonomy in the life of the children. To the holders of family power, the duties of creation and protection of the children are entrusted to the extent of their capacity. In the periods of childhood and adolescence, they are peculiarly a developmental condition, incapable of managing the acts of life itself, understood as vulnerable. It is intended to demonstrate that the development of the person begins with the birth and, in a temporal process, the subject is structured as a result of the acts practiced by the parents, holders of family power and who exercise their parental autonomy in relation to their children. It will be shown that educational, religious, cultural, and other initiations in childhood are frames that are incorporated into the activities of the children's lives and, therefore, must protect their interests, since they are factors that determine their sociability and personality. The child-juvenile interests are placed on the one hand and the other on the the powers of parental authority, and the objective is to identify, by means of the legal protection and from a jurisprudential analysis, judicial interference in parents' decisions, effecting the preservation of the best interest and the integral protection of children and adolescents.

**KEY WORDS:** Child Development. Family Power. Parental Autonomy. Rights of the Personality.

---

<sup>1</sup> Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Catuaí (Associação de Ensino de Cambé) - 2016. Mestranda pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá ? UNICESUMAR; Cursando Especialização em Direito de Família e Sucessões - Damásio Educacional.

## 1 INTRODUÇÃO

É natural que os filhos se espelhem nas atitudes dos pais para começar a criar seus próprios pensamentos e escolher suas direções, mas essa percepção vai além da naturalidade visível nos núcleos familiares e possui bases científicas que demonstram as origens da formação do pensamento humano.

A pesquisa é construída sob um aspecto interdisciplinar, trazendo conteúdos formados pela psicologia para possibilitar o enquadramento correto na ciência jurídica, principalmente no campo constitucional. Estabelecem-se meios, dentro da revisão bibliográfica alcançada e por método dedutivo, de apontar a distribuição das responsabilidades do Estado e quais seriam os interesses das crianças e dos adolescentes tutelados pela Constituição e pela Lei nº 8069/90. Identifica-se a problemática em estabelecer quais são os limites de vontade daqueles que possuem o dever de cuidar desses sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento, apresentando como hipótese a distribuição da carga de forma dimensional, estando o Estado como último responsável no atendimento da garantia de desenvolvimento infantil.

Para tanto, apresenta-se a psicologia junguiana para explicar as fases etárias em que acontecem as transformações na mente de cada pessoa, quando ainda criança e que perduram até a fase adulta.

Dentro os fatores externos responsáveis pelo desenvolvimento infantil, está a figura parental. As atitudes dos genitores são predominantemente essenciais para a fluidez dos pensamentos dos filhos de forma sadia e poderão ser formadoras de diversas características pessoais que identificam a personalidade.

Os fatores que levam os pais a interferirem nas escolhas de vida de seus filhos e que serão responsáveis pela formação de sua personalidade, estão relacionados aos atributos do poder familiar. São eles os responsáveis pela proteção dos filhos e pela garantia de alimentação, saúde, educação e todos os demais atos. Dessa forma, naturalmente as escolhas dos pais, são tacitamente as escolhas dos filhos, contudo sem a ciência de que possuem opções.

Com o passar das etapas etárias nas fases do desenvolvimento, são percebidas pelos infantes e adolescentes, as alternativas de vida que poderiam ter, caso as atitudes dos pais tivessem sido tomadas de forma diversa ou melhor pensadas e manifestadas com o fim de proporcionar ao máximo o desempenho de suas aptidões. Neste aspecto, as preferências de educação, religião, alimentação, entre outras, optadas na infância, poderão perdurar até que os filhos possuam consciência suficiente para compreender o que é melhor para si.

## 2 UMA VISÃO DA PSICOLOGIA JUNGUIANA SOBRE AS FASES DE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA

Além do desenvolvimento físico com o crescimento ao longo dos anos, há no interior humano o desenvolvimento mais importante: o de sua consciência, estudado pela Psicologia.

Com a finalidade de demonstrar que a vida humana é desenvolvida em um processo também psicológico e, com isso, apontar a relevância da participação das figuras paternas neste desenvolvimento, a pesquisa traz a visão apresentada pela Psicologia analítica de Carl Gustav Jung, que estabelece marcos temporais das fases das construções psicológicas do sujeito.

Considerando que a intenção é evidenciar que o Direito tutela o bem estar da criança e do adolescente presumidamente vulneráveis, pretende-se elencar aqueles que exercem o poder familiar em suas vidas como sujeitos de deveres para a sociedade e para seus filhos<sup>2</sup>. Assim, far-se-á necessário pormenorizar quais seriam os bens jurídicos tutelados no desenvolvimento do ser humano, quais os direitos dos pais em realizar as escolhas conforme a imposição de suas vontades e quais os limites para essa autonomia de escolhas. Tais elementos farão a tríade de problemas e hipóteses investigados.

A relevância de conhecer quais são os marcos mínimos alcançados no desenvolvimento psicológico da personalidade, em si, já demonstra parâmetros que revelar-se-ão em direitos e limites ao exercício da autonomia dos titulares do poder familiar na escolha imposta aos seus filhos.

Apresenta-se neste capítulo a essência do desenvolvimento da personalidade estudada pela Psicologia a fim de se obter respaldo para a sua compreensão como bem jurídico, eis que se pretende analisar nos capítulos subsequentes sua tutela, em conjunto com as implicações ocorridas em virtude do exercício da autoridade parental.

Inicia-se com a contextualização que implicou na escolha do marco teórico de Jung. Embora a história da ciência da psicológica possua fases pretéritas, destaca-se o período em que foi desenvolvido o hipnotismo por Charcot, Liebault e Bernheim, conduzindo à medicina psicológica, representada por Pierre Janet e também pelo discípulo de Charcot, Freud. O método nominado hipnotismo possuía como base o estudo das perturbações psíquicas e a forma de acesso ao espírito humano para sanar suas inquietações. (JUNG, 2013, p. 75).

Enquanto Pierre Janet destacou “a existência e a importância de processos inconscientes na estrutura psicológica das perturbações nervosas e psíquicas” (JUNG, 2013, p. 75), o hipnotismo

---

<sup>2</sup> A pesquisa sendo fundada no marco teórico de Carl Gustav Jung, utiliza os termos “pais” e “filhos”, respeitando os vocábulos do autor referenciado, entretanto para o Direito, contextualizado pela Constituição Federal de 1.988, é mais correto, quando se lê “pais”, interpretar como a pessoa que exerce a figura de liderança familiar, o titular do poder familiar. Quando se lê “filhos”, ideal seria interpretar os sujeitos vulneráveis tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

propagado por Freud, foi além daquilo que a medicina pesquisava à época e ingressou nas fantasias mórbidas dos pacientes existente na esfera inconsciente de espírito. Sua descoberta foi identificar a verdadeira natureza da atividade do inconsciente e sua exploração.

Com as experiências do hipnotismo, surgiu a psicanálise, entendida por Freud como “um método especificamente médico destinado a explorar as causas psíquicas das perturbações nervosas funcionais [...], e em especial as causas sexuais dessas perturbações”. A partir de tal método, tinha-se que a conscientização das causas sexuais teria um efeito curativo decisivo. (JUNG, 2013, p. 57).

Jung, então discípulo de Freud, de início se baseou em seus métodos, mas logo foi em direção ao alcance de uma Psicologia prática, admitindo outras fontes das perturbações nervosas, que não fossem causas sexuais. Partiu, então, da psicopatologia experimental e da pesquisa da personalidade, focando a “atenção para as causas das perturbações inconscientes surgidas no decurso das experiências de associação”. (JUNG, 2013, p. 76).

O método de Jung, denominado Psicologia analítica averigua os fenômenos inconscientes e conscientes, os quais podem ser explicados mediante a analogia por ele proposta: “O inconsciente é como a terra do jardim, da qual brota a consciência. A consciência se desenvolve a partir de certos começos, e não surge logo como algo de completo e acabado”. (JUNG, 2013, p. 60).

Nestas circunstâncias verifica-se o ponto em que é realizada a investigação, ou seja, as formas e fases de desenvolvimento da consciência humana, a fim de verificar eventuais influências e fatores que colaboram para sua formação e transformação.

Segundo Jung (2013, p. 60) são nos primeiros anos de vida do indivíduo que se formam os indícios graduais de consciência, a partir do agrupamento de ideias que possibilitam reconhecer o próprio “eu”. Essa fase é de extrema importância para a formação pessoal e ocorre entre o nascimento e o término da puberdade.

O ser humano possui um centro que possibilita a construção da consciência, consistente no “eu”, ao passo que as crianças ainda muito pequenas não possuem referido centro e carecem de estímulos constantes para que ele se caracterize. Uma criança passa a identificar o seu próprio “eu”, quando se inicia o desenvolvimento de sua consciência, por um agrupamento gradual de fragmentos – fatos, momentos, imagens, ainda interrompidas, de acordo com o ambiente em que vive (JUNG, 2013, p. 60).

Desde o útero materno até os dois ou três anos de vida, a criança pode ser comparada ao estado psíquico animal, depende completamente do corpo materno. Até o momento, faz parte da psique da mãe e em seguida passa a fazer parte da psique do pai, como consequência da atuação comum dos genitores.

Em decorrência dessa dependência dos genitores, equivalente ao vínculo mais próximo da

criança, todas as cargas emotivas dos pais são transmitidas aos filhos. Por este motivo, muitas das “perturbações nervosas e psíquicas infantis, até muito além da idade escolar, por assim dizer, se devem exclusivamente a perturbações na esfera psíquica dos pais.” (JUNG, 2013, p. 62).

Tais fatos são visualizados como problemas para o desenvolvimento da própria consciência infantil e de sua personalidade, pois é nessa fase que começará a identificar o seu próprio centro, ao passo que, todas as dificuldades nos relacionamentos dos pais, irão refletir diretamente na psique da criança e poderão se transformar em graves perturbações.

Nesta fase as crianças passam a ter sonhos que frequentemente se referem mais às pessoas dos pais do que com elas mesmas.

A partir do terceiro e do quinto ano de vida é que a criança passa a ter relativamente um senso de individualidade e compreensão de sua existência, contudo se torna independente<sup>3</sup> somente após a puberdade – até esta fase atua com joguetes dos impulsos das condições ambientais. (JUNG, 2013, p. 62). Citadas condições que a criança vivencia correspondem aos anseios com a sua alimentação, a aprender a entender suas necessidades e o modo como conseguir satisfazê-las, além de interações familiares domésticas, todas ainda com dependência extrema dos pais.

Ao atingir seis anos de idade, compreendida como as primeiras fases escolares, a criança ainda é um reflexo dos pais, no modo de se comportar, respeitar e se abrir para novas ideias e aprendizados. Embora já tenha consciência do seu centro, não é capaz de afirmar sua personalidade. (JUNG, 2013, p. 63). Nessa etapa, a atuação do ambiente escolar é de grande importância para a formação da consciência e personalidade infantil, em contrapartida ao ambiente doméstico.

Esse condicionamento psíquico da criança com os pais, mesmo que involuntário, poderá acarretar em atos que serão praticados no futuro, quando se tornarem adultos, como etapa natural da construção humana e passar a constituir sua nova família. Os caminhos, atos e pensamentos dos genitores, são extremamente importantes para a formação da consciência e destino de seus filhos, enquanto pessoas.

### **3 A AUTONOMIA PARENTAL E SUA INTERFERÊNCIA NAS ESCOLHAS DOS INFANTES**

A família é o núcleo de formação de uma criança e vem demonstrando diversas alterações em sua estrutura ao longo da história, compreendida hoje em conceitos mais contemporâneos: família matrimonial; informal; anaparental; monoparental, unipessoal; mosaico; simultânea e eudemonista, ressaltando-se a independência de formação quanto ao gênero para serem famílias

---

<sup>3</sup> A ideia de independência junguiana diz respeito ao reconhecimento, pelo indivíduo, de sua própria existência, já que até o período compreendido pela puberdade, do ponto de vista psíquico, ele sequer existe, sendo reproduções da mente dos pais.

legítimas.

É considerada uma entidade “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos.” (HIRONAKA, 2000, p. 17).

Os valores da família são alterados de acordo com os ideais predominantes em cada época. Realiza-se um essencial recorte a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que trouxe o importante capítulo destinado aos direitos da família, da criança, do adolescente e do jovem e somam-se à referida aquisição de direitos, às diretrizes trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei nº 8.069/1990.

O cenário de alterações na esfera familiar nunca havia se alterado de modo tão célere como passou a ser afetado nas esferas da “arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida.” (ZAMBERLAM, 2001, p. 11).

Tem-se que o legislador constitucional tomou como inspiração as normas internacionais de direitos humanos no tocante aos direitos das crianças e adolescentes, os quais ao serem reconhecidas no ordenamento constitucional, se revestem de característica de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 7). Tais bases, juntamente com a doutrina da proteção integral formaram o alicerce do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A família, o Estado e a sociedade, segundo o artigo 227, da Constituição Federal, possuem o dever de propiciar a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, incumbindo-os de diversas prerrogativas essenciais:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste contexto, as crianças e adolescentes estão imersas em um núcleo familiar e com seus integrantes possuem relação direta para manifestar suas necessidades, eis que se encontram em peculiar condição de desenvolvimento e carecem de representatividade ou assistência, respectivamente considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos e considerados relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (BRASIL, Código Civil, 2002, artigos 3º e 4º, I).

Por sua vez, a família é a detentora do poder familiar e no exercício da autoridade parental deverá de forma imediata proteger sua prole e proporcionar o alcance dos direitos fundamentais a

ela conferidos.

Tem-se o dever jurídico inerente ao poder familiar como a responsabilidade que deve ser cumprida ou, em contrapartida, suportar os efeitos de seu descumprimento previsto na legislação. O dever de cuidado, então, corresponde a um dever moral e jurídico, traduzido no conteúdo da paternidade responsável, como dever implícito na cláusula geral de proteção da pessoa humana. (BARBOZA, 2011, p. 90).

É a família o primeiro contato que a criança possui e com ela serão expressados os primeiros atos de afeto, alteridade, respeito e principalmente sua condição de pessoa humana.

O elemento finalístico da proteção estatal é a pessoa humana e o desenvolvimento da sua personalidade e para o alcance de tais finalidades, todas as normas de direito positivo devem colaborar, em especial as normas de direito de família, eis que cuidam das relações mais íntimas e intensas do indivíduo na sociedade. É a família que exerce o precípua papel na promoção da dignidade humana. (TEPEDINO, 2004, p. 372).

No contexto da presente pesquisa e diante do rol de direitos constitucionais já descritos no artigo 227, destacam-se, em especial, a dignidade, o respeito e a liberdade, especialmente contidos no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que vai ao encontro aos interesses tutelados, completando-os:

Artigo 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990)

Pretende-se demonstrar que embora as crianças e adolescentes sejam absolutamente ou relativamente incapazes, são detentores de direitos inatos à sua dignidade e personalidade, no exercício do seu desenvolvimento, que ocorre gradativamente, conforme ensina Jung (2013) em sua obra “O desenvolvimento da Personalidade”, publicada originalmente em 1972.

É no percurso dos caminhos, deparando-se com diferenças e igualdades que o indivíduo irá se formar e compreender as condições necessárias para a própria ideia de humanidade, pois o “homem não nasce racional, ele se torna racional ao ter acesso a um sentido partilhado com os outros homens [...]”. (SUPIOT, 2007, p. 8).

Na mesma toada de ideias “[...] ninguém é autor ou criador da história da sua própria vida. Em outras palavras, as histórias, resultados da ação e do discurso, revelam um agente, mas esse agente não é autor nem produtor.” (ARENT, 2009, p. 197). Na existência humana a formação individual ocorre de acordo com os meios e contatos experimentados no contato social.

Os direitos da criança e do adolescente resguardados pela Constituição Federal e incumbidos aos pais como deveres familiares, indicam certa liberdade concebida à autoridade

parental, a fim de que possam organizar a sua aplicabilidade no núcleo familiar, ou seja, é dever dos pais, proporcionar alimentação, matricular os filhos na escola, propiciar meios de lazer, cultura, entre outros, mas tais escolhas pertencem à autonomia privadas dos genitores, desde que não prejudiquem os interesses dos incapazes.

A autoridade parental é conceituada como a atribuição decorrente do poder familiar, dos pais sobre os filhos, em favor dos interesses dos infantes, exercida de modo temporário, até a maioridade ou emancipação. Os pais são os protetores naturais dos filhos e tal incumbência é delegada pela sociedade e pelo Estado, contudo não considerado um poder discricionário, pois o Estado exerce controle sobre ele. (LÔBO, 2011, p. 295 e 298).

É justamente na vigência do período que compreende o poder familiar, que serão realizadas inúmeras escolhas pela manifestação da vontade dos pais com consequências para a vida dos filhos e nelas residem incertezas sobre o ideal, o correto ou inadequado para a formação da consciência e personalidade das crianças e adolescentes.

A formação social e concepção moral do indivíduo inicia-se com a influência educacional que proporciona a elevação da consciência, a abertura para os valores e o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação, bem como afirmado no primeiro capítulo, quanto às fases do desenvolvimento infantil, com a identificação do centro individual entre o terceiro e o quinto anos de vida e o sequente ingresso na escola.

Compete aos pais, diante de seus critérios a escolha da educação escolar de sua prole, ao passo que partirá deles a decisão pela eleição sobre o ensino público ou privado, a metodologia adotada pela instituição no tocante à orientação pedagógica ou religiosa e o modelo escolar que consideram apropriado. “A Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece a liberdade dos pais para a educação e orientação religiosa dos filhos.” (LÔBO, 2011, p. 303).<sup>4</sup>

O constituinte trouxe como essencial tutela a incidência da dignidade de cada um dos membros familiares, mas em especial o peculiar desenvolvimento da personalidade dos filhos. (TEPEDINO, 2004, p. 449).

O objeto dos direitos da personalidade são as projeções físicas e psíquicas da pessoa, além de representar suas características mais importantes. Tais direitos representam os bens e valores essenciais ao ser humano. (BORGES, 2007, p. 20).

A personalidade da pessoa, tida como bem essencial ao exercício pleno de seus direitos, é desenvolvida nos primeiros anos de vida até a puberdade, conforme demonstrado por Jung e por possuir tamanha importância, a fase compreendida entre a infância e a adolescência é protegida pelo

---

<sup>4</sup> No capítulo final, serão analisados casos em que tais escolhas receberam interferências em virtude de discordâncias entre genitores e em busca da preservação do melhor interesse infante-juvenil.

Estatuto da Criança e do Adolescente, no tocante ao “direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”, conforme teor do artigo 15. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Em contrapartida à autonomia parental, vigem os direitos das crianças e adolescentes no tocante ao alcance de seus interesses. Mesmo menores, possuem o direito constitucional de liberdade, detalhado no artigo 16, do Estatuto da Criança e do Adolescente com os seguintes atos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Observa-se que os direitos destinados à população infanto-juvenil se destinam ao próprio desenvolvimento de suas capacidades enquanto pessoa, de forma a ter respeitados seus limites e interesses.

Limitações ou restrições nos direitos mencionados implicam em abuso de poder por parte dos detentores do poder familiar e podem implicar em suspensão ou extinção de sua titularidade, conforme menciona os termos dos artigos 1637 e 1638 do Código Civil.

Desta forma, a normatização jurídica constrói um sistema de proteção ao infante em camadas, com funções atribuídas constitucionalmente. Aos pais ou detentores do poder familiar, cabe a tutela imediata de seus filhos, devendo, além da proteção física e do provimento dos recursos básicos à estrutura da vida (alimentação, moradia, saúde física), prover condições de desenvolvimento psíquico, para que seus filhos possam se desenvolver e ter condições de alcançar a centralização de seu próprio “eu”, de integraliza-se culturalmente, de possuir conhecimento sobre a individualização de suas necessidades e de respeito às necessidades dos outros que o cercam.

O bem jurídico tutelado, como já amplamente afirmado é o interesse da criança e do adolescente, mas a questão que se impõe diante das exposições quanto à autonomia dos pais nas escolhas para a vida dos filhos e o próprio direito à liberdade dos filhos para suas decisões, pode ser esclarecido analisando o cuidado como dever jurídico inerente ao poder familiar.

À criança e ao adolescente é assegurado o direito geral de liberdade, conforme dita a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/99 e introduzida na legislação especial com o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas o ordenamento confere aos genitores, o múnus público do poder familiar, como ônus, dever e

direito, sempre baseado na proteção infanto-juvenil.

Deste modo, o direito de liberdade dos filhos, aqui tratando de crianças ainda desprovidas de consciência e afirmação do próprio “eu”, é desconhecido, juntamente com as opções que possuem em suas vidas e por este motivo, são gerenciadas pelo poder familiar, que por sua vez, tem como parâmetro os seus próprios interesses.

Quanto aos filhos que já possuem maior discernimento e centralização de seu próprio “eu” e externalizam desejos referentes à sua existência, como a eleição de suas crenças pessoais, orientação sexual, escolha de sua profissão, entre outros, cuja titularidade não poderia ser disponibilizada por pertencer à sua formação pessoal, deve ocorrer uma ponderação entre a vontade do menor e o exercício da autoridade parental, sem renunciar aos reais interesses que devem ser preservados, (TEPEDINO, 2008, p. 33).

Demonstra-se, assim, que o direito de liberdade da criança e do adolescente e o direito de liberdade de decisões da autoridade parental, são adstritos e limitados ao superior interesse dos menores, como principal bem jurídico tutelado. A vontade da criança, por não ser ainda um sujeito representado de autonomia psíquica, está limitada à vontade daqueles que exercem a autoridade parental. A vontade do titular da autoridade parental, por sua vez, está limitada ao melhor interesse da criança, consistente em um princípio de direito pautado nos direitos humanos, cuja tutela é realizada, também, pelo Estado em uma postura dirigista.

#### **4 INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS ATOS PARENTAIS**

Neste capítulo propõe-se realizar a análise de casos em que na relação familiar houve um contraponto entre o desejo dos pais para a vida dos filhos e o princípio do superior interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, culminando em intervenção judicial.

O primeiro caso a ser perquirido diz respeito à liberdade religiosa dos pais para decidir sobre o destino da vida dos filhos, com base em sua crença. Trata-se de decisão proferida no recurso especial nº 1.391.469 – RS (2013/0202052-0), interposto contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Destaca-se o seguinte trecho do Ministro Relator Herman Benjamin:

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. (Recurso Especial nº 1.391.469)

Nos autos em tela, demonstrou-se que não compete ao judiciário autorizar ou determinar tratamentos, contudo em casos excepcionais que envolvam os direitos e interesses de crianças e adolescentes, notadamente quando se tratar de último recurso para a manutenção da vida, deverá intervir, sopesar os valores em conflito e decidir pelo melhor interesse do menor. Vê-se que, ainda que a consciência psicológica da criança não esteja plenamente formada, o que permite ao Direito uma tutela diferenciada, a vontade do pai aplicada em tais escolhas não é uma vontade de plena liberdade, pois deve respeitar limites dos princípios jurídicos da solidariedade e da proteção ao melhor interesse da criança que, posteriormente, quando estiver com a consciência completa e for sujeito em exercício pleno de direitos poderá necessitar de uma decisão diferente.

Assemelha-se à um condicionamento discricionário, em que o titular da autoridade parental deve exercer o juízo de procedimentos a serem tomados para que os bens jurídicos da criança sejam mantidos e preservados de modo sustentável, mas não pode realizar decisões arbitrárias, desprovidas de limitações e fundadas apenas na vontade pessoal.

A segunda análise equivale à discordância entre os genitores sobre a crença religiosa do filho menor e a guarda unilateral do genitor, em virtude da insistência materna em levar o infante de apenas sete anos para participar de “rituais ou cultos Santo Daime [...], da religião denominada Instituto Espiritual Xamanico Luz de Aruanda, Céu Luz da Aruanda” e neste ambiente fazer a criança consumir o chá denominado “Santo Daime ou ayahuasca”, que possui efeito “alucinógeno, causando delírios e visões”.

Na decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 70037756525, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul consta que mesmo com a determinação judicial para que a mãe deixasse de levar o filho aos rituais ou cultos e principalmente fizesse cessar o consumo do chá alucinógeno pela criança, não houve cumprimento, motivo pelo qual a guarda unilateral da criança foi mantida com o genitor.

No teor do acórdão o Desembargador Relator Luiz Ari Azambuja Ramos, salienta o respeito à liberdade religiosa da mãe, contudo demonstra que o princípio do melhor interesse da criança é sobreposto ao seu desejo:

[...] analisando a questão sob os fundamentos do princípio da proporcionalidade, impossível seria concluir que o direito à liberdade de crença religiosa se sobreporia à proteção da criança, no meu entender de maior relevância quando posto em confronto, como no caso, até mesmo porque não há direitos absolutos e ilimitados. (Agravo de Instrumento nº 70037756525-2010 – RS)

Neste sentido, nota-se que a roupagem do núcleo familiar é compreendida a partir de elementos ocorridos no próprio ambiente social, em decorrência de fatos históricos que marcam os cenários de cada grupo e acarretam em alterações na estrutura psíquica individual, possibilitando ao

ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolve-se nas relações com seus iguais (PEREIRA, 1997, p. 35). Na medida em que as atitudes dos pais possam interferir no pleno desenvolvimento estrutural dos filhos, sofrerá impedimentos, como o caso acima demonstrado.

Repete-se as dimensões protetivas em relação ao caso da criança. Em primeira dimensão, estaria a vontade dos genitores, substituindo à vontade da criança que para o direito não tem reconhecida sua autonomia. Em segunda dimensão, limitando a primeira, estaria o Estado dirigindo a vontade dos genitores apenas para exercício de juízo de procedimento que atenda o melhor interesse da criança e do adolescente, provocando um ideal de sustentabilidade e possibilidade de desenvolvimento pleno em seu futuro.

Compete aos pais gerar meios para instrumentalizar os direitos inerentes aos filhos, para que se tornem pessoas capazes e estruturadas, pois até o momento são considerados sujeitos de direito em formação.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As fases de formação da consciência da pessoa humana, estudada pela ciência psicológica demonstram a sua gradual concepção, desde o útero materno, os primeiros anos de vida, quando o indivíduo ainda é considerado uma extensão do corpo materno, até os próximos anos, quando se inicia a caracterização do centro de individualidade que indica a existência do próprio “eu”.

A influência exercida no ambiente familiar, se traduz nas primeiras percepções infantis, pois são nos pais ou nos detentores do poder familiar, que as crianças irão se espelhar e desenvolver sua personalidade.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem como essencial proteção os meios que proporcionem o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

No âmbito do poder familiar os pais ou detentores, possuem liberdade de atuação, regida pela autonomia privada, todavia tal liberdade é condicionada à garantia de resultado do melhor interesse. O exercício da vontade daquele que é o titular da autoridade parental não é pleno, pois encontra limitações em princípios constitucionais fundamentais, tais como a proteção à criança e adolescente e à supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente. Desta forma, encontra-se o Estado como uma dimensão de proteção para adequar e garantir que a vontade da criança possa, quando completado seu período de desenvolvimento, vir a ser tomada e exercida.

O poder familiar poderá sofrer limitações nas hipóteses de colocação dos filhos menores em situação de risco, de acordo com rol previsto na legislação civil, em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao Estado, cabe atuar na tutela mediata, proporcionar políticas públicas que atendam às

necessidades do infante (escolas, hospitais, moradias, etc.) e limitar a vontade dos pais nas escolhas que possam trazer interferências negativas às vidas dos filhos, quando, em casos mais graves, assumiria a tutela imediata, retirando as crianças de seu núcleo familiar, acarretando na suspensão ou perda do poder familiar.

Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que a liberdade conferida às crianças e adolescentes é o meio para que possam ter seu pleno desenvolvimento preservado, ao passo que quando passam a ter certa consciência sobre suas escolhas, merecem respeito por tratar-se de ato dotado de titularidade existencial.

Entretanto, considerando que enquanto relativamente ou absolutamente incapazes, permanecem sob a gerência do poder familiar, que atribui aos detentores a responsabilidade pelo sucesso ou fatalidade que ocorram com os filhos, lhes competirão interferir em eventuais escolhas que demonstrem efetiva ofensa aos seus interesses e, assim, limitar a liberdade trazida para a população infanto-juvenil.

Conclui-se que as escolhas e decisões devem sempre ser fundadas na análise dos princípios aplicáveis, por meio de ponderação, a medida que o bem jurídico tutelado correspondente ao superior interesse da criança e do adolescente prevaleça e seja identificado até que ponto a incidência da autonomia parental possa chegar.

## REFERÊNCIAS

ARENT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Paternidade responsável**: o cuidado como dever jurídico. PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990: Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 jul. 1990.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 20 Não é um mês valido! 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Brasília, 10 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 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1391469**, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 05 de novembro de 2014, Data de Publicação: 28 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=1391469&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70037756525**, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 16 de dezembro de 2010, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravado+de+Instrumento+n%C2%BA+70037756525&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*%a%ba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravado+de+Instrumento+n%C2%BA+70037756525&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*%a%ba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BORGES, Roxane Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNG, Carl Gustav. **O desenvolvimento da personalidade**. 14. ed. Tradução de Frei Valdemar do Amaral. Petrópolis: Vozes, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de direito civil, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da Família contemporânea**: Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Marcela PRADELLA<sup>1</sup>

## RESUMO

Após 21 anos de regime totalitário militar, a Constituição Federal de 1988 é promulgada como símbolo do processo de redemocratização no país, abarcando elementos como democracia, modelo federativo, separação dos poderes e direitos fundamentais. Sua elaboração contou com a ampla participação do povo, o que denota ser a atual Constituição brasileira a Constituição que mais apresenta caráter democrático e legitimidade popular. Uma marca do constitucionalismo democrático é a vasta previsão de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, o que gera desafios, a exemplo da colisão entre princípios de igual relevância no texto constitucional. O presente estudo se embasa na reflexão acerca da introdução dos direitos fundamentais na atual Constituição brasileira e sua relação com o constitucionalismo democrático, elencando principais garantias e desafios desse fenômeno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal de 1988; direitos fundamentais; redemocratização.

## ABSTRACT

After 21 years of totalitarian military rule, the Federal Constitution of 1988 was enacted as a symbol of the process of redemocratization in the country, encompassing elements such as democracy, federative model, separation of powers and fundamental rights. Its elaboration counted on the wide participation of the people, what denotes being the current Brazilian Constitution the Constitution that more presents democratic character and popular legitimacy. A hallmark of democratic constitutionalism is the vast foresight of fundamental rights and guarantees of the Federal Constitution, which creates challenges, such as the collision between principles of equal relevance in the constitutional text. The present study is reflected on the reflection about the introduction of fundamental rights in the current Brazilian Constitution and its relationship with democratic constitutionalism, listing the main guarantees and challenges of this phenomenon.

**KEY WORDS:** Federal Constitutional of 1988; fundamental rights; redemocratization.

## 1. INTRODUÇÃO

Em data de 5 de outubro de 1988, ocorreu a sessão histórica e solene de promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, símbolo de transição da ditadura para a democracia.

Após 21 anos sob o regime militar, o país experimenta o marco inicial de um novo período

---

<sup>1</sup> Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2014). Pós-graduada em Direito do Estado pela PROJURIS Estudos Jurídicos (2016). Atualmente é Bolsista CAPES-Fundação Araucária na Assessoria Jurídica da Reitoria da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Presta assessoria jurídica ao Grupo de Apoio à Adoção da Região de Ourinhos - GIAARO e à Rádio FM Norte Pioneira Ltda. ME em Jacarezinho/PR. Membro da Comissão de Cultura e Eventos da OAB de Ourinhos/SP. Atua na Advocacia Dativa do Estado do Paraná e na Assistência Judiciária pelo Convênio OABSP/DEPESP. Foi estagiária de Direito em escritórios de advocacia (2010-2012), na Justiça Federal de Ourinhos/SP (2012-2014) e no Núcleo Especial Criminal de Ourinhos/SP (2014).

histórico, com transformações políticas e institucionais.

Promulgado “o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil”, nas palavras de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o qual também apelidou a nova carta de “Constituição cidadã”, tal como é considerada até os dias de hoje.

Prolixa, extensa, garantista – incontáveis são as qualidades atribuídas pelos estudiosos à Constituição Federal.

Dada a relevância do tema, o artigo, de início, delinea os principais aspectos históricos relacionados ao constitucionalismo contemporâneo, com a finalidade de relacionar a vasta previsão constitucional de direitos fundamentais com o processo de redemocratização vivenciado pelo país, a partir da promulgação da Carta Mãe em 1988.

Em seguida, de forma crítica, cuida o presente estudo de apresentar as garantias e desafios decorrentes da Constituição cidadã, assim conhecida por ser garantista e voltada à limitação ao poder estatal e prestígio dos direitos fundamentais.

Para a feitura da pesquisa foi adotado o método indutivo, ou seja, a discussão da problemática apresentada ocorreu a partir da análise da Constituição Federal brasileira, do ordenamento jurídico em geral, de livros constitucionais consagrados e artigos científicos referentes à matéria.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REDEMOCRATIZAÇÃO SIMBOLIZADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 representa o marco histórico do processo de redemocratização do Brasil, ao demarcar a ruptura com o regime autoritário militar de 1964 e o resgate do Estado Democrático de Direito.

Após vinte e um anos de ditadura militar, o texto constitucional é promulgado com o fito de resgatar a democracia, o modelo federativo, a separação dos poderes e os direitos fundamentais.

Veja-se como Celso Antonio Bandeira de Mello delinea este quadro:

Até um certo ponto da História havia a nítida e correta impressão de que os homens eram esmagados pelos detentos do Poder Político. A partir de um certo instante começou-se a perceber que eram vergados, sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do Poder Político, mas também pelos que o manejavam, os detentores do Poder econômico. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito também conhecido como Estado do Bem-Estar (Welfare State) e Estado-Providência. (...). O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para realidade (2004, p. 43).

De fato, a Carta Magna introduz um avanço na instituição e consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e

pormenorizado sobre a matéria da história constitucional do Brasil (PIOVESAN; VIEIRA, 2018).

Consoante o entendimento de Barcellos (2007, p. 02), o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos.

São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.

Ainda segundo a autora, do ponto de vista material, um dos elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo é a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo quanto à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

No que tange à redemocratização simbolizada pela Constituição Federal de 1988, faz-se mister ressaltar que a atual Constituição é a que, historicamente, mais apresenta caráter democrático e legitimidade popular. Sem dúvidas, trata-se da Constituição que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, pelo elevado número de emendas populares, inclusive Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Com o intuito de elaborar uma Constituição democrática, em data de 1º de fevereiro de 1987, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reuniram-se, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte (ANC), após 21 anos sob a égide de um Estado totalitário.

Compunham a ANC 559 constituintes, sendo estes 487 deputados federais e 72 senadores eleitos pelo povo. O presidente da Constituinte foi o deputado Ulysses Guimarães, do PMDB, principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. A maioria dos constituintes pertencia a partidos do chamado Centro Democrático, partidos como PMDB, PFL, PTB e PDS.

Interessante mencionar que, dentre os constituintes, estavam os futuros presidentes Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Michel Temer.

A ANC foi convocada em meio ao processo de transição democrática do país, sendo parte de um compromisso assumido pelas forças políticas que chegaram ao poder em 1985. Foi então que, em 5 de outubro de 1988, após intensos debates, conflitos, impasses e negociações, foi promulgada, em sessão solene, a sétima Constituição do Brasil.

Neste contexto de restabelecimento da democracia, é possível apontar como principais determinações da nova Constituição o sistema presidencialista de governo, com eleição direta em

dois turnos para presidente; o fortalecimento do Poder Judiciário, apto inclusive para julgar e anular atos do Executivo e Legislativo; a intervenção do Estado na atividade econômica do país como forma de regulação; assistencialismo social; sufrágio universal (especialmente a previsão de direito ao voto para analfabetos e menores entre 16 e 18 anos de idade, entre outros); e, ampla garantia de direitos fundamentais, listados primordialmente no texto constitucional.

Com efeito, deve ser relevado o fato de o texto da Constituição iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias para, então, tratar do Estado e sua organização.

Vale lembrar que, tradicionalmente, as Constituições brasileiras, desde a do Império abriam o seu texto com a organização do Estado e dos Poderes.

Diferentemente, a Constituição de 1988 inaugura seu texto com a declaração de direitos. O Título I é dedicado aos *Princípios Fundamentais*, com a previsão de objetivos, fundamentos e princípios que devem reger a República. Em seguida, o Título II dispõe sobre *Os Direitos e Garantias Fundamentais*, o que simboliza primazia e importância.

Protagonista do processo de transição de um Estado totalitário para um Estado Democrático de Direito, também denominado Estado Constitucional, a Constituição assume papel central no ordenamento jurídico, de modo que o próprio Estado está submetido a regras jurídicas.

Importante, a modificação de tais regras jurídicas, diante de uma Constituição rígida, dá-se através de procedimento substancialmente mais complexo do que aquele hábil a alterar a legislação ordinária.

Mais ainda, quando a Constituição consagra as cláusulas pétreas (artigo 60, §4º), está-se a definir matérias relevantes, de tal modo que não seja permitida a sua modificação ou abolição. Dessa forma, constitui-se um conjunto de normas constitucionais imodificáveis, ao qual é imperativa a submissão de qualquer grupo político que se encontre no poder. A observância e a promoção dos direitos previstos pelas cláusulas pétreas é condição indispensável para o funcionamento do regime democrático.

A importância constitucional dada aos direitos e garantias individuais é detectada no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, no qual vê-se sua elevação à categoria de cláusula pétrea, o que significa dizer que estão amparados pela inalterabilidade própria das cláusulas pétreas – limitações materiais ao poder de reforma da Constituição.

Além da supremacia formal, a Lei maior possui supremacia axiológica: trata-se de uma ordem objetiva de valores e princípios, pela qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.

Constitucionalismo democrático, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018), traduz a ideia de um Estado de direito baseado no respeito aos direitos fundamentais e no governo do povo. Sendo assim, tem-se que a Carta de 1988 objetivou instituir uma organização social fundada na

cooperação de pessoas livres e iguais, com limitação do poder do Estado, autogoverno popular e respeito aos direitos fundamentais.

Oportuno colocar que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2012, p. 188).

Como se vê, os direitos fundamentais têm sua origem relacionada ao fenômeno do constitucionalismo democrático.

Para José Afonso da Silva (1992; p. 163), *direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada, considerando que

(...) além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Cumprir reconhecer os direitos humanos fundamentais, em sua concepção moderna, como reflexo da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder estatal.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (1998, p. 178), os direitos fundamentais “surgiram como produto de fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito material”.

Para o doutrinador, a finalidade dos direitos fundamentais está na criação de limitações e garantias, impostas pelo próprio povo, titular do poder constituinte originário, nas relações entre indivíduos e o Estado e entre os próprios indivíduos.

Ademais, é consensualmente reconhecido que os direitos fundamentais têm nascedouro na necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do Estado e na consagração dos princípios da igualdade e legalidade como norteadores do Estado contemporâneo.

Nesta toada, o autor português J.J Gomes Canotilho (2002, p. 407) ensina que os direitos fundamentais desempenham função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(...) (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ao tratar sobre a consolidação de direitos que embasam o Estado Democrático de Direito

instituído pela Constituição de 1988, mister delinear as dimensões de direitos fundamentais. A primeira dimensão está relacionada com os direitos civis e políticos, com fundamento na liberdade. Em seguida, a segunda dimensão abarca os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente a igualdade. E, por fim, a terceira dimensão refere-se à fraternidade ou solidariedade.

Com efeito, os regimes democráticos baseiam-se nos ideais proclamados pela Revolução Francesa, quais sejam: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Documento importante e pioneiro a sintetizar de modo universal os direitos inerentes a todo ser humano foi a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, elaborada no curso da Revolução Francesa.

Daí afirmar que, em sua concepção contemporânea, os direitos fundamentais possuem caráter de universalização, o que se aproxima da proposta de proteção dos direitos naturais, universais e inegociáveis do homem.

No Brasil, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Decerto, os direitos fundamentais são uma expressão positivada dos direitos tidos como naturais de todo homem.

Sim, a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.

Sarlet (2006, p. 40) considera que uma das principais dificuldades reside no fato de que, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, no caso da dignidade da pessoa humana não se cuida de aspectos demais da existência humana como a integridade física, intimidade, vida propriedade, entre outros, mas sim, de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

Em outras palavras, diz-se que a dignidade da pessoa humana se constitui o valor próprio que identifica o ser humano como tal.

É certo que o termo fundamental deixa clara a ideia de imprescindibilidade desses direitos à condição humana e convívio social (CAMARGO, 2006, p. 13). Além disso,

Classificar direitos como fundamentais significa tirá-los da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, agregando-lhes força, imperatividade absoluta, cogência e garantia tão intensas que não é mais possível qualquer restrição, limitação, flexibilização ou não incidência deles (CAMARGO, 2010, p. 13).

Conforme bem assinala Zimmermann, a respeito da influência e irradiação dos princípios fundamentais a todo o ordenamento jurídico (2018):

Podemos analogamente avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes

para a interpretação constitucional. Afinal, eles provêm o intérprete com elementos axiológicos para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional. Indiferentemente ao grau de abstração revelada pelo ordenamento constitucional, cada princípio oferece uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do ordenamento constitucional, servindo a adequação de regras (ou normas jurídicas) aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo. Por isso, os princípios constitucionais agiriam como ‘agentes catalisadores’ do ordenamento constitucional, definindo estratégias razoáveis de interpretação. Pois que cada princípio emanaria uma dose de legitimação à constituição, fazendo-se desta última muito mais do que um simples aglomerado de regras jurídicas desconexas umas com as outras. Antes de tudo, a descon sideração dos princípios constitucionais destruiria a própria integridade do corpo constitucional, em função da imperativa necessidade de reconhecimento de uma certa conexão elementar entre princípios e a própria normatividade do texto constitucional. (...) Estes princípios não se identificam apenas com um único caso concreto, mas com uma percepção mais genérica do ordenamento jurídico.

Com efeito, os direitos fundamentais têm o condão de proteger o indivíduo de arbitrariedades do Estado, as quais se dão de forma positiva ou omissiva. Neste sentido, na visão de Canotilho, os direitos fundamentais cumprem:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (1993, p. 541).

A tentativa conceitual torna propícia a definição do professor Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 90), a seguir:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, assim, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Apelada de “Constituição cidadã”, a Carta de 1988 é substancialmente extensa e prolixa. Com mais de 245 artigos, cuida de um amplo conjunto de matérias e possui uma vasta previsão de direitos e garantias individuais, o que gera consideráveis desafios, os quais serão delineados a seguir.

### **3. “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”: GARANTIAS E DESAFIOS**

Conforme articulado, por ser um instrumento dialético, a Constituição brasileira vasta é em garantias e direitos, não sendo raros os casos emblemáticos de colisão entre princípios.

Segundo o entendimento de Barroso (2018, pg. 12), com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas acerca do sistema de interpretação tradicional sofreram mudanças.

Pelo autor, qual ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, mas através da análise de fatos relevantes, analisados topicamente.

Quanto ao papel do juiz, não lhe cabe apenas a função de conhecimento técnico do enunciado normativo, como também a coparticipação do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e selecionar a melhor entre as soluções possíveis.

Quando há dois lados com normas constitucionais a seu favor, não é possível a subsunção dos fatos à norma, já que mais de uma possibilita incidência sobre a hipótese. Essa situação requer a ponderação, ou seja, a valoração de elementos, a fim de que se eleja a melhor solução para o caso concreto.

Ana Paula de Barcellos entende esta questão dos conflitos entre princípios como característica do direito constitucional contemporâneo:

Os conflitos específicos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, frequentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Assim, direitos fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Outros elementos constitucionais também podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como acontece com a livre iniciativa e os princípios do direito do consumidor e ao meio-ambiente. O exemplo já clássico da tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada é apenas um entre muitos outros que poderiam ser citados (2007, p. 06).

Além das colisões entre princípios, a vastidão de direitos e garantias incorporados pelo texto constitucional reflete outro grande desafio do constitucionalismo contemporâneo, que é o de conferir-lhes eficácia.

Cumprir ponderar que, a partir de que valores e opções políticas tornaram-se normas jurídicas e, no caso da Constituição, normas jurídicas supremas, mister se faz concentrar-se em sua real efetivação. Embora a previsão constitucional dos direitos fundamentais represente uma conquista abissal, os cidadãos devem ter condições materiais de ver suas garantias individuais efetivamente concretizadas.

Disciplina o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, em contrapartida às normas programáticas ou limitadas, as quais possuem eficácia e aplicabilidade somente após a regulamentação do Poder Legislativo.

Pelo que prediz a Constituição, os direitos fundamentais e sua aplicabilidade imediata

devem nortear as decisões e ações dos entes federativos, no sentido de otimização (ou maximização), ou seja, estabelecendo-se aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

É o entendimento de Sarlet, segundo o qual o alcance da aplicabilidade imediata estampada no parágrafo 1º, do artigo 5º deverá ser quantificado sob exame do caso concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e referencial obra de Juarez Freitas (2011, p. 270-271).

É sabido que as normas constitucionais, por si sós, possuem eficácia diferenciada, por serem consideradas hierarquicamente superiores às demais normas. Entretanto, no tocante aos direitos fundamentais, a eficácia deve ser destacada com ainda mais ênfase, conforme bem assinala Sarlet:

(...) se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, da nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição (2000, p. 319).

Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais são os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, e irradiam-se a todo ordenamento jurídico, de modo a vincular os entes estatais e os indivíduos à sua observância e cumprimento.

Romano (2015) preleciona acerca da interpretação conforme os direitos inerentes ao homem e suas dimensões. De acordo com a autora, o intérprete é o sociólogo do Direito e, aquele que aplica a lei tem necessidade de interpretá-la à luz dos direitos humanos e fundamentais.

Ao profissional jurídico é fundamental o senso crítico de discernimento daquilo que é justo, quando comparado com aquilo que viola os Direitos Humanos. Não adianta a criação de grande volume de leis se essas ganham interpretação destoante da tutela dos Direitos Humanos. Dessa maneira, fica evidente como as normas que retratam Direitos Humanos recebem tratamento privilegiado no ordenamento jurídico, logo, nada mais justo que a interpretação jurídica seja voltada à preservação destes direitos. Logo, não há de se questionar a constitucionalidade de uma interpretação consonante com os Direitos

Humanos. Na hierarquia das normas, pela teoria de Hans Kelsen, a Constituição Federal fica no topo da pirâmide, de maneira que, nada pode a contrariar. Como o art. 4º, inciso II, é parte integrante da Magna Carta, é inadmissível qualquer exegese que não observe o princípio de prevalência dos direitos humanos. Para que não ocorram crueldades, como as da Segunda Guerra Mundial, a prevalência deste modo de interpretação é indispensável. Ao profissional do Direito compete aplicar a lei não destoando deste sentido. O hermeneuta jurídico deve compreender a norma e extrair dela o direito que se pretende tutelar, para isso o senso crítico com vistas aos Direitos Humanos é a melhor forma do operador do Direito cumprir seu papel na sociedade, que é o de fornecer Justiça!

A Constituição de 1988 evidencia a adoção do modelo de Estado liberal que se contrapõe ao Estado absolutista, e corresponde à doutrina dos direitos do homem como sendo direitos naturais (inatos, direitos com relação aos quais o Estado pode apenas se abster e garantir a proteção) – ou seja, o Estado e outros sujeitos não podem interferir no gozo dos direitos naturais do indivíduo (BOBBIO, 1992).

Pelo modelo intervencionista, o Estado deve ser atuante e garantidor dos direitos fundamentais, através de ações positivas. Omitindo-se os Poderes Legislativo e Executivo, a pressão volta-se ao Poder Judiciário, em razão da interpretação das normas de direitos fundamentais e sua aplicação imediata cogente.

Daí pode-se elencar outro desafio relacionado ao formato da Carta de 1988 – a judicialização, fenômeno relacionado a causas diversas como as lacunas constitucionais, a omissão dos demais Poderes ou a realidade política atual.

Relaciona-se, também, ao processo de redemocratização no país, a partir do qual o Judiciário passou a ser efetivamente um poder político: deve ser compromissado a fazer valer o texto constitucional e as leis em geral, embora às vezes em confronto com os outros Poderes.

Segundo os ensinamentos do ilustre Barroso, no Brasil, o fenômeno da judicialização assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Se dada matéria é incluída na Constituição, está-se a retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. Intuitivamente, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito; a questão disciplinada por uma norma constitucional se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada por meio de ação judicial (2018).

Ao ser chamado para decidir sobre determinada matéria posta em juízo, em virtude de norma constitucional permitir que dela se deduza pretensão jurídica, o juiz deverá conhecê-la e resolvê-la – dever que decorre do modelo constitucional brasileiro adotado, não se tratando, portanto, de um exercício deliberado de vontade política.

Um significativo elemento desencadeador da judicialização é a falta de vontade política dos membros do Parlamento em enfrentar determinadas questões de índole constitucional e

interesse da coletividade. Por vezes, o Poder Legislativo se esquiva de regulamentar temas relevantes, porém impopulares, relegando ao esquecimento direitos que necessitam de regulamentação.

Parlamentares e governantes são alvos frequentes de críticas e denúncias, e, conseqüentemente, da rejeição popular. Aos poderes políticos não convém tratar de temas que refletem negativamente junto ao eleitorado.

Ante a retração dos demais Poderes, a atuação protagonista do Judiciário se faz necessária, a fim de fazer valer os direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, tal atuação, denominada pelos doutrinadores de ativismo judicial, gera tensões institucionais, além de provocar interesse doutrinário acerca da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites.

Não se pode olvidar também que o conhecimento das pessoas em sociedade acerca dos seus direitos aumentou. As informações são propagadas através de recursos midiáticos diversos, por vezes de forma distorcida, contudo, o fato é que os indivíduos hoje sabem que possuem direitos e estão cada vez mais propensos à judicialização.

Ainda acerca da omissão dos Poderes, especialmente do Legislativo, relacionada às lacunas constitucionais, mister ressaltar, vez mais, que a partir de 1988, a Constituição constituiu-se em um modo de interpretação de todos os demais ramos do Direito. O direito infraconstitucional passa a ser condicionado aos comandos da Constituição, de modo que toda interpretação jurídica deva ser também interpretação constitucional.

O legislador não poderá editar normas que se afastem dos direitos fundamentais, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. O intérprete, a autoridade política e o operador jurídico não podem aplicar leis e atos normativos aos casos concretos de forma a infringir a Constituição. Do mesmo modo, o particular não poderá pautar suas condutas em atos que destoem das determinações constitucionais no que tange aos direitos fundamentais.

A doutrina majoritária entende que a Carta Magna brasileira se consubstanciou em um texto excessivamente detalhista que cuida de matérias que deveriam ser tratadas pela legislação infraconstitucional.

Por conseguinte, o formato constitucional restringe o espaço de atuação da legislação ordinária e dificulta o exercício do poder político, à medida que a emenda à Constituição exige maioria qualificada de três quintos, não sendo suficientes as maiores simples, suficientes à aprovação da legislação comum.

Além disso, este fator acarreta a elaboração excessiva de emendas constitucionais, disfunção que compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política (BARROSO, 2018, p. 26).

Enfim, são inúmeros os desafios face à Constituição principiológica e prolixa de 1988, mas se faz necessário, sobretudo, enaltecer a passagem do totalitarismo para o Estado Democrático de Direito, voltado à observância e prática dos direitos fundamentais.

#### 4. CONCLUSÃO

Consoante o desenvolvido, teve a Constituição Federal o condão de simbolizar o processo de redemocratização no país, consubstanciando-se um marco documental e histórico da transição do autoritarismo para o Estado Democrático de Direito.

A nova Constituição trouxe determinações relevantes, como o sistema presidencialista de governo, sufrágio universal, instituição de um Estado liberal, social, prestacionista, e ampla previsão de direitos e garantias individuais.

Há de se relevar o fato de que o texto constitucional se inicia com dois capítulos intitulados *Princípios Fundamentais* e *Direitos e Garantias Fundamentais*, para somente após dispor sobre o Estado e sua organização.

Tudo está a indicar que a Carta maior primou pela limitação do poder do Estado e sua vinculação à observância aos direitos fundamentais.

A ideia de constitucionalismo democrático está associada ao efeito de irradiar seus valores e efeitos a todo ordenamento jurídico, ao modo de agir da sociedade e do Estado.

Outra dimensão dos direitos fundamentais, ainda quanto à sua irradiação, diz respeito ao critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, que deverá sempre ser interpretado e aplicado consoante ao que prediz a Constituição.

Inegável é que o formato da atual Constituição brasileira abarca vastas garantias, o que representa uma conquista abissal após amargos anos de totalitarismo, porém isso também gera desafios, a exemplo da colisão entre princípios, lacunas constitucionais e judicialização.

Embora o presente artigo considere as vicissitudes da Carta de 1988, buscou-se homenagear o destaque constitucional à proteção dos direitos fundamentais, assim como sua aplicabilidade imediata cogente e seus efeitos irradiantes ao ordenamento jurídico como um todo, ao Estado, aos operadores jurídicos e aos indivíduos em sociedade.

#### 5. REFERÊNCIAS

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

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. Bahia, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Disponível em: <http://www.institucional.us.es/araucaria>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ROMANO, Karoline. **Os direitos humanos como fonte de interpretação da lei**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/09/os-direitos-humanos-como-fonte-deinterpretacao-da-lei/>. Acessado em 12 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In: (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 319.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

ZIMMERMANN, Augusto. **Princípios fundamentais e interpretação constitucional (Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional)**. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/nove/augusto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2018.

# DIREITO À DESCONEXÃO: A TUTELA DOS TELETRABALHADORES

Beatriz Vieira MUCHON<sup>1</sup>  
Hugo Crivilim AGUDO<sup>2</sup>

## RESUMO

Dentre as conquistas históricas dos trabalhadores está o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho. Ocorre que nos dias hodiernos, com a modificação das formas de trabalho, especialmente alavancadas pelos avanços tecnológicos, faz-se necessário compatibilizar tais direitos à esta nova realidade. Uma dessas vertentes é o direito à desconexão, haja vista que a inserção da tecnologia nas relações laborais, provocou substanciais mudanças econômicas, sociais e laborais, inclusive dando aso ao surgimento de uma nova modalidade de prestações de serviços, o teletrabalho. Este trabalho analisa, pois, a flexibilização do tempo de exercício da atividade laborativa, quando o exercício da atividade laborativa se der por intermédio de meios telemáticos. Perscruta-se, ainda, os limites de jornada nesta nova modalidade de trabalho, com enfoque o direito à desconexão, a fim de propiciar aos teletrabalhadores, a efetivação de outros direitos fundamentais e, conseqüentemente, integridade física e psicológica, para preservação de vida digna. Analisa-se, ainda, os reflexos das novas tecnologias no ambiente laboral, a fim de compatibilizar as normas trabalhistas aos direitos fundamentais dos empregados, sem deixar de lado os interesses econômicos dos empregadores. Conclui-se, ao final, que os avanços tecnológicos aplicados à relação de trabalho não podem significar um retrocesso aos direitos sociais laborais, havendo necessidade de compatibilização desta nova realidade com os direitos já existentes, em busca da efetivação da dignidade laboral, intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Duração do Trabalho. Teletrabalho. Flexibilização de normas. Sociedade tecnológica. Direito à desconexão.

## ABSTRACT

Among the historic achievements of workers is the fundamental right to limit the working day. It happens that in modern times, with the modification of the forms of work, especially leveraged by the technological advances, it is necessary to reconcile these rights to this new reality. One of these is the right to disconnect, given that the insertion of technology in labor relations has led to substantial economic, social and labor changes, including giving rise to the emergence of a new type of service provision, telecommuting. This work analyzes, therefore, the flexibility of the time of exercise of the work activity, when the exercise of the work activity is given through telematic means. It also examines the limits of the day in this new modality of work, focusing on the right to disconnect, in order to provide teleworkers with the realization of other fundamental rights and, consequently, physical and psychological integrity, for the preservation of a dignified life. It also analyzes the impact of new technologies in the work environment, in order to make labor standards compatible with the fundamental rights of employees, without neglecting the economic interests of employers. In conclusion, the technological advances applied to the employment relationship can not represent a setback to labor social rights, and this new reality needs to be reconciled with existing rights, in order to achieve the dignity of the work, closely linked with the dignity of the

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Advogada. E-mail: bia\_muchon@hotmail.com.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela mesma Instituição. Especialista em Direito Público pela Universidade “Leonardo Da Vinci”. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: hugo\_crivilim@hotmail.com.

human person.

**KEY WORDS:** Duration of Work. Telecommuting. Flexibility of standards. Technological society. Right to disconnect.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo, inicialmente, aborda um dos pilares do Direito do Trabalho, qual seja, a duração do trabalho. No primeiro tópico, demonstra-se os fundamentos históricos que ensejou na elevação do direito de limitação da jornada de trabalho ao *status* de direito fundamental do trabalhador, capaz proporcionar a efetivação do princípio subjacente da dignidade da pessoa humana.

*A posteriori*, explana-se como as tecnologias podem interferir nas relações de trabalho, a ponto de trazer novas concepções sobre conceitos tradicionais do Direito do Trabalho. Ainda, salientou-se acerca da relevância que os meios tecnológicos de comunicação fazem para o aumento da produtividade laboral, de forma a corresponder aos anseios da sociedade pós-moderna.

Analisa-se o advento do teletrabalho, que, em linhas gerais, trata-se de um modo de prestação de serviço à distância, que descentralizou a produção, tornando dispensável a presença do empregado nas dependências do ambiente de trabalho, viabilizando a subordinação à distância.

Neste diapasão, pondera-se que, com o teletrabalho, houve a ingerência do trabalho na vida pessoal do teletrabalhador, por meio da mescla do ambiente domiciliar e o laboral, expondo a possibilidade de prejuízo à vida privada individual do trabalhador, bem como a efetivação do direito ao não-trabalho, concretamente.

Firmadas tais concepções, passou-se a demonstrar a necessidade que o Direito do Trabalho tem de se atualizar, para dar respaldo aos trabalhadores em tempos que o dinamismo ocasionado pela tecnologia e a necessidade de produção em massa, para não permitir exploração da mão de obra.

Finalmente, tratou-se especificamente do direito à desconexão, como forma de proporcionar ao trabalhador a concretização de outros direitos fundamentais, tais como lazer, descanso, integridade física e psicológica.

Na pesquisa foram empregados os métodos histórico-evolutivo, comparativo e dialético, com base de dados proveniente de pesquisas bibliográficas e na internet.

As conclusões foram postas em tópico próprio ao final.

## 1 DURAÇÃO DO TRABALHO: PREMISSAS

Sob a perspectiva mundial, o Direito do Trabalho, em seus primórdios, tinha por escopo a tutela dos direitos de operários que se rebelaram almejando melhorar condições do trabalho prestado nas unidades fabris do século XIX, a fim de coibir a exploração perpetrada pelos empregadores.

Tal época, marcada pela Revolução Industrial, deu ensejo ao surgimento de novas relações de trabalho, formadas por trabalho livre, pois, até então, havia apenas trabalho escravo e servil.

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado afirma (2007, p. 86): “O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas”.

Apesar do assalariamento (simbólico) pela prestação de serviços, a abundância de mão de obra culminou no abuso da classe trabalhadora, onde todas as faixas etárias trabalhavam em condições aviltantes, durante jornadas de trabalho demasiadamente extensas, por mais de 16 (dezesseis) horas consecutivas.

Neste cenário, o Estado, que era liberal, fora impulsionado pela pressão do proletariado, bem como pela evolução da defesa dos direitos humanos e atuação da Igreja, a intervir na relação contratual privada, para tutelar os interesses dos trabalhadores.

Inicia-se, deste modo, o que Ricardo Resende (2013, p. 02) entende por “movimento normativo-regulador, consolidado na primeira metade do século XX”. Neste mesmo momento histórico, a Organização das Nações Unidas editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo em caráter mundial, os direitos sociais dos indivíduos.

Importante salientar que, dentre os direitos esculpidos em tal tratado, o Art. XXIV, dispunha acerca da duração da jornada de trabalho, estabelecendo, “Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

No Brasil, somente em 1988, por meio da promulgação da Constituição Federal, que o mínimo existencial foi garantido aos trabalhadores, reconhecendo que os direitos trabalhistas são fundamentais, bem como o valor social que o trabalho ostenta, respaldando tais direitos no princípio subjacente da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal brasileira traz em seu bojo o rol do artigo 7º, que elenca direitos específicos para os trabalhadores, estabelecendo “parâmetros” a serem observados para garantia da proteção daqueles, ou melhor, do mínimo existencial do ser humano que trabalha. O regramento dado pelo constituinte se prolonga até o artigo 11º, da Constituição Federal.

Dentre os direitos trabalhistas insertos no mencionado artigo, há o inciso XIII, que estatui a limitação da jornada de trabalho. Conforme o esposado até agora, verifica-se que tal direito é, na

realidade, uma conquista dos trabalhadores, que em suas primícias, sofreram com jornadas de trabalho exaustivas, em prol do sistema de produção do capitalismo.

Para compreensão de um dos pilares do Direito do Trabalho, passa-se a explicar sobre conceitos referentes à duração da jornada de trabalho.

Na doutrina trabalhista, o conceito restrito de jornada de trabalho há muito tempo está ultrapassado, qual seja, que jornada corresponde ao tempo destinado ao labor propriamente dito.

Nesta toada, os conceitos desta temática estão intrinsecamente ligados com alienação. Para entender esta assertiva, basta analisar o *caput* do artigo 4º, da CLT, que dispõe, “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

O Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao debruçar-se em seu voto no Recurso Ordinário nº 0003143-60.2012.5.02.0045 (2015, s.p.), alcança a clareza solar definindo a jornada de trabalho da seguinte forma:

Em regra, a jornada de trabalho pode ser identificada sob três formas: (1) o tempo efetivamente laborado (jornada “*stricto sensu*”); (2) o tempo à disposição do empregador (jornada “*lato sensu*”) e (3) o tempo despendido no deslocamento residência trabalho e vice-versa (jornada “*in itinere*”). A esses três tipos pode ser acrescido um quarto, que alberga modalidades de tempo à disposição do empregador decorrentes de normas específicas, positivadas no ordenamento jurídico, tais como o regime de sobreaviso e o de prontidão (§§ 2º e 3º, art. 244, CLT). Tanto a prontidão como o sobreaviso incorporam a teoria da alienação, desvinculando a ideia da jornada como tempo de trabalho direto, efetivo, e harmonizando-se perfeitamente com a feição onerosa do contrato de trabalho vez que não se admite tempo à disposição, de qualquer espécie, sem a respectiva paga.

Extraí-se do conteúdo colacionado que, a duração do trabalho é gênero, tendo por espécies a jornada de trabalho (em seus quatro desmembramentos), o horário de trabalho e os descansos trabalhistas.

Paralelamente à temática da duração do trabalho, encontra-se o direito fundamental de limitação da jornada de trabalho, resultado de árdua conquista da classe trabalhadora, que compunha a civilização das relações de trabalho. Tal direito possui embasamentos lógicos, que buscam a tutela do ser humano trabalhador.

Assim leciona Ricardo Resende (2013, p. 325):

São fundamentos de tal limitação da jornada, de forma destacada, aspectos biológicos, sociais e econômicos. Sob o aspecto biológico, constatou-se que as jornadas excessivas provocam a fadiga do trabalhador, com danos muitas vezes graves à sua saúde. O cansaço provocado pelo excesso de trabalho diário aumenta a incidência de doenças ocupacionais e facilita a ocorrência de acidentes de trabalho, o que viola a dignidade do obreiro. Sob o ponto de vista social, a jornada de trabalho extensa afasta o trabalhador do convívio com seus pares, provocando distúrbios familiares e segregação social. Finalmente, sob o ponto de vista econômico, o estresse e o cansaço decorrentes da jornada exaustiva levam à queda do rendimento do trabalhador [...].

Denota-se, diante de todos estes fundamentos para limitação da jornada de trabalho, que

normas que versam sobre a duração do trabalho ostentam natureza cogente, irrenunciáveis pelas partes e que não podem ser objeto de transações. Pertinente afirmar que, tais normas buscam tutelar a integridade física e psicológica dos trabalhadores, compondo o núcleo intangível da Constituição Federal.

Deste modo, possível sustentar que, normas que tratem deste assunto, devem estar em consonância com os preceitos constitucionais, bem como aos princípios norteadores do direito do trabalho, repisando, dignidade da pessoa humano, proteção do trabalhador e valor social do trabalho.

Faz parte do mister do Direito do Trabalho, assegurar que os indivíduos que empregam suas forças físicas e mentais ao trabalho, usufruam efetivamente de seu direito de descanso e lazer, haja vista que, juntamente com o trabalho, fazem parte dos direitos inerentes à condição humana, com *status* constitucional.

Consoante Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 767), “O lazer atende à necessidade de libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea, e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano de encontrar-se consigo e com o próximo”.

Entretanto, a inserção da tecnologia na vida do ser humano, sobretudo na perspectiva das relações empregatícias, implicou em consideráveis modificações na forma de trabalho, levando a inferir que apenas a limitação da jornada de trabalho e o pagamento de horas extraordinárias são insuficientes para a tutela dos direitos dos trabalhadores.

## **2 INFLUÊNCIAS TECNOLÓGICAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Desde a segunda metade do século XX, que os indivíduos vivenciam sucessivas transformações culturais, sociais, científicas, políticas e econômicas. O absurdo progresso tecnológico, principalmente nas searas de telecomunicações e informática, que alavancou a globalização (sobretudo no aspecto econômico), repercutiu nas relações de trabalho, modernizando-as.

Dentre as inovações na esfera juslaboral, verifica-se que a inserção da tecnologia modificou a organização do trabalho, acelerando o ritmo das atividades laborativas, aumentando as exigências técnicas, permutando a manipulação de matéria para o trabalho intelectual.

Nesta senda, constata-se o crescimento da competitividade entre os trabalhadores, favorecido pelo capitalismo, condicionando os indivíduos a trabalharem cada vez mais, por mais tempo.

Assim, pondera Manuel Castells, (2003, p. 220), “e uma vez feita a opção de participar das

redes globais, a lógica da produção, competição e administração baseada na Internet é um pré-requisito para prosperidade, a liberdade e a autonomia”.

Repisa-se, o desenvolvimento tecnológico ocasionou novas dimensões na sistemática do tempo de trabalho, se perfazendo em uma potencial ameaça aos direitos de privacidade, liberdade, lazer e saúde do trabalhador, uma vez que a tecnologia, a um só tempo, integra e submete o indivíduo a trabalhar mais. Ora, pode-se afirmar que, atualmente, é possível exercer atividade laborativa em qualquer lugar do mundo, por intermédio da tecnologia.

Notadamente, nos dias atuais, não se pode conceber clássicos conceitos do Direito do Trabalho, da forma em que, genuinamente, foram construídos. Outras formas de trabalho brotando com todo esse dinamismo, junto com elas, novos anseios e problemas, que precisam de amparo jurídico, dando azo uma releitura do dogma da proteção do obreiro.

A influência das tecnologias nas relações de trabalho impõe que os estudiosos e aplicadores do Direito do Trabalho, revisem os conceitos clássicos acerca da subordinação e duração da jornada de trabalho.

Neste sentido, afirma Alice Monteiro Barros (2009, p. 303), “Através dos estudos realizados nota-se que a inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássico, sendo responsável por novos tipos de atividades descentralizadas, que reúnem informação e comunicação”.

Ao passo que a evolução tecnológica trouxe um novo prisma à tradicional relação de trabalho, proporcionou a descentralização produtiva, bem como oportuniza ao empregador meios para tornar o empregado ininterruptamente disponível, além de ampliar os meios de fiscalização que aquele pode efetuar sobre este.

O impacto das tecnologias nas relações de trabalho são os mais variados, haja vista que operou a redução de postos de trabalho, elidiu alguns trabalhos manuais, resultou em um aumento demasiado de exigências de mão de obra qualificada, trouxe influências na economia, assim como abusos contra o direito à limitação da jornada de trabalho.

Consequência disto, uma nova modalidade empregatícia adentrou o ordenamento jurídico trabalhista, qual seja, o teletrabalho.

## **2.1 Teletrabalho**

A tecnologia tornou a presença física do trabalhador prescindível para configuração de relação trabalho. Os meios telemáticos e informatizados viabilizam a prestação de serviços fora do ambiente de trabalho fornecido pelo empregador, mantendo incólumes o poder diretivo, concretizado por meio do controle e fiscalização da execução do trabalho, preservando a

subordinação.

Pode-se dizer que o teletrabalho consiste em novo modo produção que o avanço tecnológico propiciou, resultado da necessidade de corresponder ao dinamismo exacerbado, principalmente em grandes empresas. Aline Monteiro de Barros, acrescenta (2009, p. 327), “aliás, essa nova forma de trabalhar poderá ser também transregional, transnacional e transcontinental”. Atenta-se, que a utilização de meios de comunicação e informação tecnológicos, permitiu o transpasse das barreiras físicas, estreitando as relações laborais.

No que tange ao surgimento do teletrabalho, ocorreu nos Estados Unidos, exatamente em virtude da busca em facilitar a vida do trabalhador, diminuindo distâncias e economizando tempo. Acerca da origem do trabalho, Ana Cristina Barcellos Rodrigues (2011, p. 27), afirma:

Em 1971, NILLES, Secretário do Comitê de Investigação da Aerospace Corporation, do sul da Califórnia, que cuidava de desenhar veículos espaciais para o Departamento de Defesa (Força Aérea) e para a NASA, teve a incumbência de estudar formas de diversificação de veículos para a atividade do setor civil. Em suas pesquisas e planejamentos NILLES foi à Santa Bárbara e, em contato com a autoridade responsável pelo planejamento regional, foi indagado com as seguintes questões: se vocês conseguem por o homem na Lua, porque não ajudam a resolver este maldito problema de trânsito? Porque não arrumam uma forma das pessoas ficarem em casa trabalhando em vez de se meterem nestes engarrafamentos infernais para chegar ao emprego? **Daí o nascimento da ideia de trazer o trabalho até o trabalhador, pelo menos algumas vezes na semana, ao invés de levar o trabalhador ao local de trabalho na empresa. [...]** (Negrito)

Denota-se do texto colacionado que, a ideia embrionária do teletrabalho, há mais de 30 (trinta) anos, foi trocar o tempo dispendido com o transporte, pelo trabalho por meio da telecomunicação. Notadamente, desde aquela época a sociedade evoluiu, cada vez mais rápido, assim como os meios telemáticos, o que implicou em constantes modificações da própria sistematização das empresas.

A evolução tecnológica deu azo à compreensão de que, o trabalho no estabelecimento do empregador é prescindível com o uso da internet, e-mail, *Skype*, celular, *tablet*, dentre outros instrumentos tecnológicos avançados. O computador tornou-se a principal ferramenta de trabalho nos mais diversos setores empresariais.

Com o teletrabalho se difundindo no âmbito trabalhista, impulsionado pelo contínuo avanço da técnica e pressão econômica do mercado de trabalho atual, os quais exigem mão de obra mais qualificada, o conceito presencial vem se tornando cada vez mais retrógrado, sendo propagada a concepção de levar o local de trabalho até o trabalhador, viabilizando redução de custo, além da flexibilização das definições de subordinação, horário e local de trabalho.

Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento deslinda tais premissas da seguinte forma (2002, p. 31):

Neste cenário, assumem fundamental importância as tecnologias informáticas, pois nas formas de trabalho emergentes, de que devemos destacar a compensação de hora, o horário

móvel e flexível, a redução da jornada de trabalho, o teletrabalho e o trabalho a tempo parcial, o gerenciamento de informações é essencial, ao possibilitar grande potencial de introdução de modificações, facilidade de monitoramento dos processos e correção dos possíveis erros, servindo a rapidez no fluxo de informações como substrato à condução do processo produtivo, dando-lhe velocidade, mobilidade de adaptabilidade.

Cabe distinguir que, trabalho à distância é gênero. Quanto ao teletrabalho, está inserido neste conceito podendo ser prestado no domicílio do empregado, o que se denomina por *home office*, ou em qualquer lugar, remotamente, desde que haja acesso aos meios eletrônicos de comunicação e informação, intitulado por *anywhere office*. O fator preponderante da caracterização do teletrabalho é o uso de recursos telemáticos nas atividades laborais.

Interessante consignar o conceito de teletrabalho construído por Salomão Resedá (2007, p. 06):

Assim, pode-se dizer que o teletrabalho nada mais é do que uma forma de trabalho à distância exercido mediante o uso das telecomunicações. **A interferência tecnológica é uma das características centrais do teletrabalho**, posto que para ser concretizado deve ser exercido com ferramentas próprias, tais como computadores, telefones ou quaisquer outros aparelhos que sejam classificados como pertencentes à TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação). (Negrito)

Destaca-se dos conceitos de teletrabalho a característica de flexibilização da jornada de trabalho, tendo como foco a apresentação de resultados produtivos, e não tempo utilizado para a produção.

Além disso, é atribuída ao trabalhador considerável liberdade na administração da sua jornada de trabalho. Tais aspectos do teletrabalho geraram discussões acerca da natureza jurídica do teletrabalho, suscitando dúvidas de seu enquadramento nos moldes da relação de emprego, com base na ausência de subordinação e aumento da liberdade do trabalhador.

Os requisitos essenciais para configuração empregatícia estão dispostos no artigo 3º, da CLT, quais sejam “[...] toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Contextualizando com o teletrabalho, é possível verificar a existência de subordinação com base no risco da atividade.

Em outras palavras, “se o trabalhador imprime força de trabalho na construção de algo e o risco da produção é inteiramente dele, este ‘um trabalhador autônomo. Se o risco da produção é do empresário, é subordinado”, conforme elucida Frederico Silveira e Silva (2004, p. 105).

Ainda, com base na dificuldade de controle efetivo do teletrabalhador, alguns autores defendem a existência da parassubordinação, que seria, em suma, uma forma de subordinação por outros meios, caracterizando, nada mais, do que um conceito intermediário entre a subordinação e a autonomia.

Entretanto, deve-se sopesar que, da mesma forma que a tecnologia possibilitou o trabalho à

distância, esta também permite o controle *online* ou por meio de *softwares*, das atividades executadas pelo empregado. Deste modo, pode-se afirmar que, a natureza jurídica do teletrabalho é, de fato, de contrato, inclusive de trabalho, a depender da aferição dos demais requisitos do artigo 3º, da CLT.

No contexto pátrio, o teletrabalho já se inseriu nas atividades laborativas dos brasileiros, reorganizando a forma de produção, para atender as necessidades dos mais complexos nichos empresariais, sobretudo nos grandes centros.

De tal sorte, a chegada do teletrabalho no âmbito trabalhista implicou em mudanças no ordenamento jurídico juslaboral.

A primeira modificação legal foi a alteração no artigo 6º, da CLT, com a edição da Lei nº 12.551/2011, que adveio para ampliar o espectro normativo, reconhecendo a presença do trabalho à distância e, a um só tempo, acabar com a celeuma acerca da (in)existência de subordinação no teletrabalho, que desaguava nos Tribunais do Trabalho.

A redação do artigo 6º da CLT, com a vigência da Lei supramencionada é a seguinte:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Superada a questão da subordinação e, uma vez reunidos os pressupostos caracterizadores do vínculo empregatício, necessário trazer à baila outro aspecto do teletrabalho, qual seja, a flexibilização do tempo de exercício da atividade laboral, que implicou na modificação da rigidez dos horários da jornada de trabalho amplamente conhecidos e, acima abordados.

Em se tratando de teletrabalho, o trabalhador tem fácil acesso aos seus instrumentos tecnológicos de trabalho, assim como maleabilidade na organização de seus horários de trabalho, além de ter que demonstrar que está efetivamente trabalhando com a apresentação de produção/resultado ao empregador. Tais circunstâncias consistem em um solo fértil para macular a duração do trabalho e, reflexamente, os direitos de descanso e lazer do teletrabalhador.

Para alguns, o teletrabalho propicia ao trabalhador o benefício de escolher seus horários de labor, usufruir mais da sua vida pessoal, coordenar sua rotina da forma que mais lhe favorece, evitar o desperdício de tempo de deslocamento, e, até mesmo redução de gastos.

Estas vantagens são apontadas por Adriana Araújo Martins Melo (2009, p.21-22):

Uma das características positivas mais marcantes do teletrabalho é o horário flexível. Realmente, para o teletrabalhador, essa é uma das grandes vantagens, pois ele pode escolher o melhor horário para executar sua tarefa, sem a pressão de horário cumprido na organização a que está vinculado. [...] Essa melhoria na sua qualidade de vida traz benefícios também para a organização a que o

teletrabalhador é vinculado, pois, com mais disposição, ele apresentará, inegavelmente, resultados melhores para a organização.

Mesmo diante destas facilidades e vantagens, as desvantagens que permeiam o teletrabalho geram preocupações, sobretudo para os operadores e estudiosos do Direito do Trabalho, e precisam serem sopesadas nesta pesquisa.

Em uma análise superficial, pode-se afirmar que, para o teletrabalho acarretar nas vantagens supramencionadas, o perfil do trabalhador deve ser diferenciado.

Em outras, palavras, o teletrabalho somente não gerará prejuízos ao trabalhador extremamente disciplinado, organizado, concentrado e ético, pois, caso contrário, não saberá administrar a confusão que se instaurará entre a vida profissional e a pessoal, bem como, se exporá à uma jornada de trabalho muito superior do que a do âmbito laboral convencional.

Gustavo Garcia destaca as desvantagens do teletrabalho (2012, p. 10):

São possíveis, ainda, prejuízos à vida privada, íntima e familiar do empregado, bem como eventuais situações de cansaço e esgotamento daqueles que apresentem maior dificuldade em delimitar o período de trabalho e o de tempo livre, por estarem constantemente “conectados” com o empregador.

Constata-se que, ao se avaliar os malefícios do teletrabalho, estes estão umbilicalmente relacionados com o extrapolamento da jornada de trabalho, em razão da maior dificuldade supostas dificuldades de controle efetivo da duração do trabalho pelo empregador.

Todavia, não é crível ignorar a potencial ameaça que tal regime de trabalho apresenta às garantias fundamentais dos trabalhadores, como a limitação da duração da jornada de trabalho, o direito ao descanso e ao lazer.

De fato, o teletrabalho já é uma realidade. E, na prática, a dificuldade consiste na aplicabilidade de normas concernentes ao extrapolamento da jornada de trabalho, haja vista a falibilidade da fiscalização efetiva das horas laboradas pelo empregado, havendo até mesmo uma estimativa pela quantidade de produção.

Com fulcro na necessidade de sanar as controvérsias acerca do teletrabalho, por ausência de regulamentação do tema, e pelos anseios da realidade laborativa, a Lei nº 13.467/2017, normalizou o conceito de teletrabalho, bem como estabeleceu formas de aplicabilidade deste regime de trabalho, que se encontram no Capítulo II-A, da CLT.

Para fins deste estudo, se restringirá a análise apenas do conceito e reflexos na jornada de trabalho. Nesta senda, estatui o artigo 75-B, consolidado, *in verbis*:

Art. 75-B. **Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador**, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, **não se constituam como trabalho externo**. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (Negrito)

Não obstante a norma celetista tenha excluído o teletrabalho da definição de trabalho externo, ou seja, incompatível com o controle da jornada de trabalho, a mesma Lei (Reforma Trabalhista) afastou o teletrabalho da aplicação das normas que versam sobre a “Duração do Trabalho”, do Capítulo II celetista, pois o acrescentou no rol do artigo 62, da CLT.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2017, p. 133-138):

De fato, a Lei da Reforma Trabalhista introduziu novo inciso III no art. 62 da Consolidação, de forma a estabelecer a ressalva de que “os empregados em regime de teletrabalho” não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista em análise (“Da Duração do Trabalho”). **Essa ressalva coloca os empregados em regime de teletrabalho (art. 61, III) ao lado dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 61, I, CLT) e dos gerentes, “assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeitos do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial” (art. 62, II, CLT). [...] De fato, em várias situações de teletrabalho mostra-se difícil enxergar controle estrito da duração de trabalho, em face da ampla liberdade que o empregado ostenta, longe das vista de seu empregador, quanto à escolha dos melhores horários para cumprir os seus misteres provenientes do contrato empregatício.** Dessa maneira, a presunção jurídica lançada pelo art. 62, III, da CLT não se mostra desarrazoada. (Negrito).

Entretanto, pautando-se nas reflexões estabelecidas no tópico “3.1”, deste trabalho, tem-se que o mister do Direito do Trabalho é garantir a efetivação dos direitos fundamentais à limitação da jornada de trabalho, ao repouso semanal remunerado, ao descanso, ao lazer, ao adicional de horas extraordinárias, de acordo com os parâmetros constitucionais.

Nesta senda, ao inserir o teletrabalho nas disposições do artigo 62, da CLT, o legislador, ao invés de normatizar um avanço da Lei trabalhista, consubstanciou um retrocesso, pois não flexibilizou apenas o local de exercício do trabalho, mas também não reverenciou os ditames da Constituição Federal.

Extreme de dúvidas, é plausível afirmar que o “teletrabalhador” faz jus à limitação da jornada de trabalho, uma vez que os meios eletrônicos utilizados nos dias hodiernos viabilizam o controle pelo empregador no tocante à duração da prestação de serviços.

Em outros dizeres, se alicerçando no conceito de teletrabalho, tem-se que é trabalho exercido remotamente, sendo essencial para sua configuração o uso de meios telemáticos no desempenhar das tarefas laborais.

Esta conexão instaurada pelos meios telemáticos, além de viabilizar a execução do trabalho, possibilita a fiscalização e controle pelo empregador, de modo que, mesmo que a prestação de serviços seja remota, a fiscalização pode ser eficaz.

A viabilidade de fiscalização remota por meios tecnológicos é asseverada por Salomão Resedá (2007, p. 10):

A tecnologia avança em passos rápidos e **diversos são os softwares que podem ser utilizados para realizar a fiscalização serviço prestado pelo funcionário, mesmo em**

**sua própria residência.** Ademais, a facilidade de comunicação imprime uma maior vigilância ao funcionário. A mobilidade com que a Internet pode ser acessada nos dias atuais[23] **torna ainda mais complexa a rede de possíveis variáveis de controle.** Assim, além do trabalho nos escritórios há ainda a possibilidade de envio das tarefas laborais para dentro da casa e da vida privada dos assalariados. (Negrito)

No mesmo sentido, Jorge Luiz Souto Maior salienta (2003, p. 13-14):

[...] De todo modo, **o avanço tecnológico apresenta também o paradoxo de que ao mesmo tempo em que permite que o trabalho se exerça à longa distância possibilita que o controle se faça pelo mesmo modo, pelo contato “online” ou outros meios, sendo que até mesmo pela mera quantidade de trabalho exigido esse controle pode ser vislumbrado.**

Em outros termos, basta que o empregador queira controlar, à distância, o trabalho do empregado, que terá como fazê-lo. E, para que, concretamente, queira, devem ser estabelecidos os seguintes parâmetros jurídicos: **o empregado tem o direito ao limite de jornada; o encargo de tal prova compete ao empregador.** (Negrito).

Destarte, com base no controle virtual que pode ser operado pelo empregador no regime de teletrabalho, no evidente equívoco da inserção do teletrabalho no artigo 62, da CLT e, as normas constitucionais que versam sobre a limitação da duração da jornada de trabalho, imprescindível o reconhecimento do direito à desconexão, para evitar a exploração dos teletrabalhadores.

### **3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS**

Com o advento do teletrabalho constata-se que houve uma flexibilização do tempo de exercício da atividade laboral, modificando a rigidez dos horários da jornada de trabalho amplamente conhecidos. No entanto, para garantia dos direitos dos teletrabalhadores é indispensável uma mutação na forma de interpretação e aplicação dos clássicos conceitos e ditames estabelecidos pela legislação trabalhista.

Salienta-se de antemão, que flexibilizar é diametralmente diferente de desregular. Aquela garante aos trabalhadores a intangibilidade de seus direitos indisponíveis, que conforme explanado alhures, asseguram o mínimo existencial dos seres humanos que trabalham, efetivando a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Rosita de Nazaré Sidrim Nassar (1991, p. 76):

A flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, composto por um conjunto de medidas capazes de compatibilizar o Direito do Trabalho com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa. [...]

Flexibilização pode ser concebida como a adaptação das normas trabalhistas às situações concretas, com a anuência Estatal.

Tabajara Medeiros de Rezende Filho (2013, p. 138) conclui que:

A crise da ciência juslaboral se identifica a partir do momento em que o conjunto de normas e princípios que a integra não mais é suficiente para atender ao seu objetivo, tal seja o de garantir condições de vida digna aos trabalhadores. [...] Ocorre que ao se desenvolver, a

classe trabalhadora que demandava proteção jurídica era constituída basicamente por empregados, inseridos no sistema produtivo fordista. [...] A crise jurídica em tela somente pode ser superada com a adaptação do Direito do Trabalho à realidade moderna de modo intenso.

De acordo com estas considerações, evidencia-se que no caso do teletrabalho, em que o trabalhador tem fácil acesso aos seus instrumentos tecnológicos de trabalho, assim como maleabilidade na organização de seus horários de trabalho, além de ter que demonstrar que está efetivamente trabalhando com a apresentação de produção ao empregador, há solo fértil para macular a duração do trabalho e, reflexamente, os direitos de descanso e lazer do teletrabalhador.

Nesta toada, é imprescindível que o arcabouço normativo trabalhista abarque as circunstâncias supramencionadas, flexibilizando as disposições legais sobre a jornada de trabalho, por meio da ótica do direito à desconexão.

#### **4 DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO**

A ingerência da tecnologia na rotina pessoal do indivíduo por meio do teletrabalho pode acarretar-lhe danos à sua vida privada, prejudicando seu convívio familiar, desenvolvimento existencial e satisfação de suas necessidades biológicas.

Corroborar tal assertiva a lição de Márcio Túlio Viana (2000, p. 176):

No dias atuais, mesmo o teletrabalho, que parece desconectar o empregado das ordens diretas do empregador, não o impede de sofrer cobranças constantes através da própria máquina. Na verdade, a volta ao lar que hoje se ensaia mão significa menos tempo na empresa, mas - ao contrário - a empresa chegando ao lar.

O direito à desconexão se mostra como uma alternativa viável à garantia de direitos que estão sendo infringidos com a influência de tecnológica nas relações de trabalho.

Souto Maior assim conceitua o direito à desconexão (2011, s.p.):

[...] quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe *Domenico de Masi*. Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo. [...]. Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Notadamente, o teletrabalho ofende de forma significativa o direito de descanso do teletrabalhador, em virtude da fusão entre vida pessoal e a laboral, emergindo a necessidade de harmonização das normas trabalhistas, para a efetivação dos direitos fundamentais ao descanso, lazer, privacidade, etc.

Não se está no estudo em comento, generalizando os prejuízos causados com o surgimento do teletrabalho, ao passo de desconsiderar as várias vantagens que tal modalidade de prestação de serviços oferta à sociedade, sobretudo em tempos de crise onde a necessidade de redução de gastos e aumento de produtividade é salutar.

No entanto, é necessário apontar formas concretas de materializar o direito à desconexão, de modo a potencializar as benesses da tecnologia e do teletrabalho, além de tutelar, satisfatoriamente, o trabalhador na sua condição de hipossuficiente da relação de trabalho.

Neste viés, dentre as questões mais discutidas no teletrabalho, é no tocante ao direito de limitação da jornada de trabalho, mesmo na prestação de serviços à distância do empregador.

Não é concebível aceitar que, em razão do distanciamento entre os sujeitos da relação de trabalho, não se consegue controlar a jornada de trabalho do teletrabalhador, sobretudo com as opções tecnológicas que podem ser utilizadas, como por exemplo, câmeras e sistema de *logon* e *logoff*.

Inclusive, há aqueles que defendem a impossibilidade do teletrabalhador ter direito ao recebimento de horas extraordinárias, em virtude da dificuldade de fiscalização e quantificação das horas excedentes à jornada ordinária. Por óbvio, tal posicionamento está fadado à inconstitucionalidade, com base no artigo 7º, da Constituição Federal, que não distingue quais trabalhadores fazem jus aos direitos elencados naquele rol.

No que tange às controvérsias que envolvem o direito à desconexão no teletrabalho, interessante esmiuçar a questão do empregado que se sujeita (por meio do contrato de trabalho) ao controle e supervisão do empregador, ficando à sua disposição por meio dos recursos comunicativos tecnológicos, em momentos em que não há a efetiva prestação de serviços.

Estas circunstâncias implicariam em algum ônus/dever ao empregador? Seria possível enquadrar os teletrabalhadores na jornada de sobreaviso com fundamento no direito à desconexão?

Como cedo, a jornada de trabalho se desmembra em 05 (cinco) módulos de tempos, quais sejam, o trabalho efetivo, tempo à disposição do empregador, tempo *in itinere*, sobreaviso e prontidão.

O trabalho prestado no regime de sobreaviso, previsto pelo artigo 244, da CLT, destinado inicialmente aos ferroviários, por construção jurisprudencial, o TST entende que há extensão desse direito à outros trabalhadores, alterando, inclusive, a redação da Súmula 428, que tem a seguinte teor:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer

momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Atenta-se que, este entendimento por parte da mais alta Corte da Justiça do Trabalho, apresenta-se como verdadeira flexibilização na forma de interpretação das normas Celetista, positivadas na década de 40, ampliando o reconhecimento do sobreaviso aos trabalhadores que utilizam meios telemáticos de informação e comunicação, situação surgida da evolução social, decorrente da necessidade de desconexão concreta do trabalho.

Cumprir consignar que, com fundamento no direito à desconexão, é possível garantir aos teletrabalhadores o cumprimento da jornada de trabalho ordinária, prevista no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, mesmo com a prestação de serviços à distância, considerando a possibilidade do controle da jornada de trabalho através da tecnologia que permeia este tipo de relação laboral.

Havendo, portanto, o extrapolamento da jornada de trabalho, os teletrabalhadores fazem jus ao recebimento de horas extraordinárias, assim como todos os trabalhadores.

Neste sentir, denota-se que a flexibilização da interpretação das normas trabalhistas, viabilizou a aplicabilidade do direito à desconexão aos teletrabalhadores, efetivando direitos fundamentais dos indivíduos que trabalham, como a limitação da jornada de trabalho, conquistada ao longo de muito tempo, com muito sofrimento da classe trabalhadora.

## **CONCLUSÃO**

Com todas as tratativas apresentadas neste estudo, conclui-se que, apesar de todas as consequências das inovações ocasionadas pela tecnologia na vida social do trabalhador, não se pode permitir o vilipêndio de direitos fundamentais à vida digna do ser humano que labora.

Não se pode perder de vista a máxima “o trabalho dignifica o homem”, mesmo com a celeridade do dinamismo social presente na atualidade, devendo-se sempre frisar que, o tempo que o trabalhador está disponível ao trabalho, também é tempo de vida, devendo as normas e operadores mobilizarem para promover o efetivo amparo do trabalhador neste aspecto.

Partindo desta essência, o esforço teórico deste trabalho visa reprecificar os fundamentos dos direitos fundamentais do trabalhadores, dando ênfase ao direito de limitação da jornada de trabalho, lazer e descanso, esposando que estes, são resultados de toda uma evolução social e, que decorreram de um lamentável cenário de exploração do trabalho humano.

Em atenção a estes prolegômenos, bem como em posições doutrinárias, é que se defende a inconstitucionalidade das excludentes dispostas no artigo 62, da CLT, uma vez que, os direitos fundamentais dos trabalhadores são destinados indistintamente à todos eles, sendo inerentes e

primordiais para efetivação do sobreprincípio da dignidade da pessoa, o qual sustenta o ordenamento jurídico pátrio.

Tais primícias não devem ser ignoradas mesmo com a vertical influência das ferramentas tecnológicas nas relações de trabalho, por mais radicais que sejam as mudanças na realidade laboral, não podendo se permitir um retrocesso dos direitos dos trabalhadores, devendo as normas e os operadores do direito do trabalho mitigar os efeitos deletérios da tecnologia, potencializando seus benefícios.

O surgimento do teletrabalho, como resultado concreto das mudanças dos métodos de trabalho alavancados pela tecnologia, não pode ser utilizado como instrumento de depredação da atividade laboral do indivíduo, pois, do contrário, estar-se-ia retornando aos primórdios, marcado pela exploração da mão de obra, para a obtenção do lucro a qualquer custo, onde a quantidade de horas de trabalho não era delimitada.

O direito à desconexão evidencia a repercussão jurídica das atuais necessidades do âmbito trabalhista, ou melhor, aos novos problemas vivenciados pela sociedade pós-moderna. De tal sorte que, não sendo garantido, o indivíduo estaria vinculado à suas obrigações laborais por tempo indeterminado, pois a conexão entre os sujeitos da relação de trabalho está separada por um só “clique”.

O direito à desconexão deve ser rigorosamente aplicado nas relações de trabalho regidas pelos meios telemáticos de conexão, sobretudo no teletrabalho, de modo que os empregadores utilizem a tecnologia não somente como forma de aumento da produtividade, mas, principalmente para controlar a jornada de trabalho.

Fora trazido a este trabalho, tanto as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais tradicionais sobre as normas concernentes à limitação da jornada de trabalho, dispondo que, somente o pagamento das horas extraordinárias é insuficiente para a real tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quanto as pontuais, porém significativas, mudanças nas decisões trabalhistas, que entendem as necessidades hodiernas dos trabalhadores, elucidando sobre o direito à desconexão, para justificar condenações de empregadores que exigem a conexão ilimitada do empregado às tarefas laborais.

A execução de soluções simples, como bloqueio virtual após a jornada ordinária de trabalho, a delimitação de metas condizentes com a quantidade de horas de efetivo trabalho, determinação de quantidades metas de produção semelhantes às estabelecidas no ambiente de trabalho, a repreensão financeira de empregadores que desrespeitem reiteradamente o direito de descanso do trabalhador, ou, ainda, a condenação em processos judiciais, à indenização com base no dano existencial, se mostram como opções básicas de efetivação do direito à desconexão no

teletrabalho.

Conclui-se, nesta senda, pela imprescindibilidade do direito à desconexão na atualidade, como ferramenta de efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores, proporcionando-lhes, concretamente, o direito de não trabalhar, de planejar seus projetos de vida, de se desenvolver individual e socialmente, de viver e não apenas sobreviver, de ter o trabalho como fonte de sustento e não de decaimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, José Eduardo. **Flexibilização da jornada de trabalho: uma abordagem crítica**. In: NETO, José Afonso Dallegrave. (Coord.). *Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetividade*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2003.

AMPARO, Débora Fernanda do. **Direito à desconexão no teletrabalho**. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/debora-fernanda/artigos/direito-a-desconexao-no-teletrabalho-2463>. Acesso em junho de 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5 Ed. São Paulo: LTr, 2009.

CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro. Zahar Ed., 2003.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. **O teletrabalho escravo**. Disponível em: <http://faflor.com.br/revistas/refaf/index.php/refaf/article/view/95/pdf>. Acesso em junho de 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-15/gustavo-garcia-teletrabalho-direito-desconexao>. Acesso em junho de 2018.

LIMA, Marco Antônio Aparecido de. **A nova redação do artigo 6º da CLT – teletrabalho, home office ou anywhere office**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148522,21048-A+nova+redacao+do+artigo+6+da+CLT+teletrabalho+home+office+ou>. Acesso em junho de 2018.

MAFFRA, Márcia Vieira. **Direito à desconexão no universo do trabalho**. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). *Direito do Trabalho*. Volume II. Belo Horizonte: FUMARC, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR,

1991.

NAZIAZENO, Érica Lima. **A moderna sociedade tecnológica em confronto com o princípio fundamental do direito à desconexão ao trabalho.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39736/a-moderna-sociedade-tecnologica-em-confronto-com-o-principio-fundamental-do-direito-a-desconexao-ao-trabalho>. Acesso em junho de 2018.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista.** São Paulo: Revista LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 4 ed. São Paulo: LTr, 2002.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A Globalização e Concretização do Direitos Trabalhistas Fundamentais.** Revista Jurídica da AMATRA da 17ª Região. Ano V, Nº 9, Espírito Santo, 2008.

RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/23040-23042-1-PB.pdf>. Acesso em junho de 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado.** 3 ed. São Paulo: Método, 2013.

REZENDE FILHO, Tabajara Medeiros de. **Do protecionismo do empregado à proteção do trabalhador: desafios da flexicurity.** Tese de Doutorado em Direito do Trabalho. São Paulo, 2013.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. **O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do Direito do Trabalho às mudanças do mundo pós-moderno.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Vol. 57. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_87\\_88/claudio\\_jannotti\\_rocha\\_e\\_mirella\\_karen\\_carvalho\\_bifano\\_muniz.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_87_88/claudio_jannotti_rocha_e_mirella_karen_carvalho_bifano_muniz.pdf). Acesso em junho de 2018.

SILVA, Willian Barbiero da. **O Direito à Desconexão: um direito fundamental ao não-trabalho aplicável aos gerentes bancários.** Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios/o-direito-a-desconexao-um-direito-fundamental-ao-nao-trabalho-aplicavel-aos-gerentes-bancarios.pdf>. Acesso em junho de 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego.** Volume II. São Paulo: Ltr, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do direito à desconexão do trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>. Acesso em junho de 2018.

UNIDAS, Organização das Nações. **Declaração universal dos direitos humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em junho de 2018.

TRIGUEIROS, Ricardo Artur Costa e. **Recurso Ordinário nº 0003143-60.2012.5.02.0045.**

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312178319/recurso-ordinario-ro-31436020125020045-sp-00031436020125020045-a28/inteiro-teor-312178336>. Acesso em junho de 2018.

VAZ, Valquíria Machado. **O direito à limitação da jornada laboral no teletrabalho**. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/48946/o-direito-a-limitacao-da-jornada-laboral-no-teletrabalho#\\_ftn17](https://jus.com.br/artigos/48946/o-direito-a-limitacao-da-jornada-laboral-no-teletrabalho#_ftn17). Acesso em junho de 2018.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, Vol. 3, 2000.

# DIREITO DE GREVE À CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES AO EXERCÍCIO

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA<sup>1</sup>  
Lucas MANGOLIN ALVES<sup>2</sup>

## RESUMO

Realizou-se o estudo da constitucionalidade, por consequente, legalidade das vedações ao exercício do direito de greve, perfazendo neste encaixo a análise, por um método argumentativo, do que compreende greve, sua origem normativa e imposição constitucional de sua observância, para deste modo compreender devidamente o como dever operar este direito, seus limites legais e consequências da aplicação indevida, nas três espécies, deste direito que não é absoluto, por esse escopo, foi possível analisar como é a greve operada no direito brasileiro, com especial enfoque na análise da greve (na sua existência) dos servidores públicos armados, frente a posição adota pelo Superior Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Greve. Exercício. Direito fundamental. Constituição Federal. Direito não absoluto.

## ABSTRACT

It was done the study of the constitutionality and for consequence the legality of prohibition to exercise the Strike Right, doing a review by an argumentative method, of what is Strike Right, your normative origins and the constitution imposition of his observance, by this way understanding correctly how to must function the Strike Right, also yours legal limits and the results of the improper enforcement on your three kinds, to understand correctly is not this Right absolute, in this scope, was possible did the review how Strike happens on the Brazilian Righth, with focus on the analysis of Strike (your existence) of armed government employee, front position embrace the *Supremo Tribunal Federal*.

**KEY WORDS:** Strike. Exercise. Fundamental Right. Federal Constitution. Not absolute Right.

## 1. INTRODUÇÃO

Objetivando um esclarecimento quanto ao devido exercício da greve é que se propõe a realizar o presente estudo, em um momento nacional em que os direitos sociais são postos em xeque pela sociedade é por bem esclarecer as necessidades, limites e aplicações destes direitos, daí há a necessidade de discutir este tema.

É desse modo, um estudo no qual permeia desde a conceituação à aplicação constitucional

---

<sup>1</sup> Graduado em Ciências Jurídicas – Direito pela Associação Educacional Toledo (1993), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005) e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista UNOESTE (2002). Docente da Toledo Prudente Centro Universitário na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal e Professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. Professor consultor AD HOC junto ao Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários) em Brasília – DF para publicação de artigos na revista CEJ. Professor avaliador de monografia no curso de Pós-Graduação no Curso do Professor Damásio de Jesus realizado via satélite. Advogado da Agamenon Advocacia e Consultoria. E-mail: [ma-agamenon@uol.com.br](mailto:ma-agamenon@uol.com.br)

<sup>2</sup> Graduando do 5º ano do Curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: [lucas\\_magolin@hotmail.com](mailto:lucas_magolin@hotmail.com)

do exercício desse fundamental direito que é a greve para a atual ordem jurídica nacional. Ora, como será apontado, em oportuna ocasião, esse direito (o da greve), como todos os demais direitos existentes na ordem normativa não são absolutos, e nem o poderia, pois assim o fosse seria abusivo seu exercício e conseqüentemente inconstitucional.

Por essa linha de raciocínio (da limitação ao direito de greve) é iniciado o presente trabalho elucidativo, compreendendo, antes de tudo, o que é o direito de greve, pois é de sua devida compreensão (quais são seus objetivos e finalidades) que é possível esclarecer os limites e os motivos destes limites, sem desconsiderar, de igual modo, a essencialidade deste direito.

## **2. CONCEITUAÇÃO E LIMITES AO DIREITO DE GREVE**

A greve, em uma conceituação simplória, é compreendida como o direito no qual o trabalhador (seja do setor público ou privado) detém a possibilidade de suspensão ou interrupção coletiva do trabalho, podendo ser operada pelos próprios funcionários ou ainda pelo órgão de classe que os represente, a greve nesse aspecto possui por finalidade pressionar o empregador a aceitar novas e melhores condições de trabalho, ou que o Estado intervenha na garantia de melhores e novas políticas trabalhistas que defendam os operários.

Nesse sentido, é entendida a greve como a paralisação coletiva, temporária e pacífica do trabalho, com o fulcro de alcançar uma melhoria nas condições empregatícias do ramo ou emprego.

Desse modo, a greve é a consequência do ato de paralisação usado por funcionários na busca de melhores condições trabalhistas, que se propõem em interromper os serviços como meio de forçar as melhorias ansiadas, devendo ser entendida, portanto, dada a sua natureza altamente prejudicial ao sistema financeiro, como o último meio de fazer valer ou de forçar diálogo na concretização de melhorias laborais.

Acerca dos objetivos da greve Maurício Gordinho Delgado entende como (p.1621; 2017):

A greve é mero instrumento de pressão, que visa propiciar o alcance de certo resultado concreto, em decorrência do convencimento da parte confrontada. É movimento concertado para objetivos definidos, em geral, de natureza econômico-profissional ou contratual trabalhista.

Sendo essa autotutela conferida pelo Estado um meio para forçar as melhores condições trabalhistas há que se entender ser preciso proceder à greve de modo pacífico e não causar danos, pois em contrário haverá a aplicação do instituto da responsabilidade civil, haja vista que todos os atos de ilegalidade e todo e qualquer dano oriundo de tais atos ilícitos que venham a ser causados ao empregador e/ou terceiros deverão de ser indenizados, como mui bem preconizam os artigos 186 e 187 do Código Civil:

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve), no artigo 6º, §§1º e 3º, e art.15, e parágrafo único, prevê a responsabilidade quando da prática de atos ilícitos, vide os artigos:

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Art. 15 A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

Ocorre a previsão legal nesses artigos da Lei nº 7.783/89 de que nas situações haja a violação de direitos e garantias fundamentais ou ameaça ou efetivamente dano à propriedade ou pessoa competirá ao Ministério Público apurar, ou melhor, requisitar a competente abertura de inquérito e prolação de denúncia, quando houver crimes, ou seja, a própria lei restringe o exercício ao direito de greve.

Como não bastasse o dispositivo legal o entendimento jurisprudencial segue igualmente nessa linha, de que havendo atos ilícitos civis ou penais haverá a competente responsabilização<sup>3</sup>.

RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS. CANCELAMENTO DE VOO. GREVE DE FUNCIONÁRIOS. FORÇA MAIOR NÃO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE PELOS PREJUÍZOS DA AUTORA. A greve dos funcionários da autora não é causa de força maior a justificar o afastamento de responsabilidade pelo cancelamento do voo. Sendo o cancelamento do voo o causador dos prejuízos da autora, que estão devidamente demonstrados nos autos, é de ser mantida a sentença pelos seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71004532545, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 18/02/2014) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004532545 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 18/02/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/02/2014).

O presente acórdão, proferido em sede do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu o dever em indenizar, por danos materiais, o terceiro afetado pelo cancelamento do voo, seguindo dessa forma o já mencionado neste presente artigo quanto ao dever de proceder ao exercício do direito de greve de modo pacífico e não gerador de danos a outrem, pois o fazendo haverá a aplicação do instituto da responsabilidade civil objetiva.

### 3. NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE

<sup>3</sup> <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113678438/recurso-civel-71004532545-rs> acesso em 14 de março de 2018.

O direito de greve pertence ao grupo de direitos fundamentais, sendo nesse escopo garantido tanto pela Lei Maior, como também pelo direito público internacional, no âmbito da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Ao que tange na defesa ao direito de greve pela OIT, a doutrina internacional costumeiramente interpreta como defesa ao exercício desse direito, por não se ter convenção específica à greve, o postulado pela organização internacional em suas convenções de nº 88 e 98, denominadas respectivamente por “CO88 – Organização do Serviço de Emprego, de 1948” e “CO98 – Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, de 1949”<sup>4</sup>.

Não bastasse a proteção internacional, ainda que não expressa, ao direito de greve, nossa Magna Carta, reconhecida como a Constituição Cidadã, dada a sua defesa na ampla positivação aos mais diversificados direitos fundamentais do homem, igualmente previu e defendeu o exercício desse mais outro direito que é a greve.

Sobre a defesa constitucional ao direito de greve, Maurício Gordinho Delgado (p. 1442; 2007), expõe:

A Constituição de 1988 (...) surge, claramente, como o momento mais elevado de reconhecimento do direito paredista na ordem jurídica do país. Mesmo consideradas as fases de não regulação ou proibição desse tipo de movimento social, de pré-1930, e de regulação restritiva vivenciada entre 1946-1964, e sempre tomando-se em consideração as longas fases obscurantistas sofridas no Brasil ao longo do século XX, a Carta de 1988 demarca-se como o momento mais notável de afirmação do direito de greve na História brasileira.

Desse modo, em nossa Constituição Federal a greve possui previsão constitucional nos arts. 9º e 37, inciso VII, como também no artigo 142, §3º, todavia o último artigo elencado não traz um direito, e sim uma limitação ao seu exercício, a saber das disposições legais:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender:  
§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.  
§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Como anteriormente exposto são ambos os artigos garantias constitucionais ao direito de greve, em outras palavras ao exercício constitucional da greve, porém por outro lado é o art. 142, §3º, IV, CF, uma vedação expressamente prevista na Constituição Federal ao exercício desse direito:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na

<sup>4</sup> O texto na íntegra de ambas as convenções pode ser lido, respectivamente, em:

<<[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235132/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235132/lang--pt/index.htm)>> e

<<[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235188/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm)>> acesso em 14 de março de 2018.

disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

Há, deste modo, três categorias de greve no pátrio ordenamento jurídico constitucional:

- 1- Greve no Setor Privado;
- 2- Greve no Setor Público Civil;
- 3- Greve no Setor Militar;

Sendo no segundo setor, “GREVE NO SETOR PÚBLICO CIVIL” dividida em dois subsetores, PÚBLICO CIVIL **ARMADO** e PÚBLICO CIVIL **NÃO-ARMADO (corpo de segurança)**, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432, com repercussão geral reconhecida, tendo como relator o Ministro Edson Fachin, isso para restringir o exercício ao direito de greve, em específico ao setor público, dados aos argumentos que serão expostos neste presente trabalho.

Antes de tecer o diálogo quanto a esta divisão realizada pelo STF, faz-se, porém, por fundamental expor que além da previsão constitucional o exercício da greve, possui regulamentação própria em lei, a qual já fora devidamente mencionada neste artigo.

A Lei de nº 7.783/89 regulamenta o exercício, os direitos e garantias ao exercício, assim como, igualmente mencionado anteriormente, prevê a responsabilização por danos e atos ilegais praticados e decorrentes da greve, sendo o art. 2º o de fundamental necessidade para a completa compreensão do que é o Direito de Greve, “***art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador*” (destaque feito por este trabalho).**

Culmina este tópico por concluir ser o direito de greve constitucionalmente previsto, conforme bem demonstrado, e também internacionalmente, não sendo compatível ao Direito (aqui entendido como ciência, não como norma) qualquer alteração no direito da greve ou implantação de normas que restrinjam o direito ao exercício pacífico da greve, e ainda que o seja realizado, não terá qualquer aplicabilidade, dada a natureza de direito humano fundamental.

### **3.1. Da (im)possibilidade de Restrição ao Direito de Greve**

É possível assim afirmar, por ser a greve um dos direitos fundamentais que não pode sofrer restrições, devido às normatizações internacionais e constitucionais existentes.

A entender o posicionamento.

Por conta da essencialidade do direito de greve, essencialidade esta oriunda de suas raízes

históricas e da garantida de bem estar social, que significa dizer ser este direito o garantidor aos trabalhadores da manutenção de boas condições de trabalho, diminuindo e restringindo “abusos” empregatícios.

Diante disso, há que ponderar também o fato de ser esse direito um direito social, e como tal deve de ser amplamente observado por legislações infraconstitucionais, pois seguindo a linha exposta por Alexandre de Moraes quanto aos direitos sociais, há que se entender ser estes direitos fundamentais e “de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes (...) e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (p. 205, 2012).

Por sua vez, o art. 1º, IV, Constituição Federal de 1988, postula:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; **(grifo desta pesquisa).**

Ocorre desse modo, ser essencial ao Direito a garantia do exercício da greve de forma pacífica, pois por ser esse direito um mecanismo de manutenção aos valores sociais do trabalho, isto por garantir o bem estar social do cidadão que trabalha, há que impedir às ciências jurídicas a ocorrência de restrições ilegítimas a este direito fundamental. Porém, esta direito não é absoluto.

Diante desta afirmação, pode haver restrições ao direito de greve, como há na Constituição do Brasil no artigo 142, §3º, CF e da decisão do STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432 retro mencionado.

Para realização da devida compreensão desta possibilidade, faz-se necessário entender as aplicabilidades das normas constitucionais, assim conseguir perfazer a completa absorção da indagação realizada.

### **3.2. Aplicabilidade das normas Constitucionais**

As normas constitucionais são catalogadas de acordo com a aplicabilidade que possuem, sendo assim, a norma quanto mais eficaz for, maior será sua aplicabilidade.

Significa que, a aplicabilidade de uma norma resvala em sua aplicabilidade e a catalogação das normas constitucionais tradicionalmente compreende as de aplicabilidade plena, contida e limitada<sup>5</sup>.

Nessa linha, norma constitucional de aplicabilidade plena compreende aquela que produz efeitos, ou têm possibilidade de produzi-los, desde o momento em que o texto constitucional passou a vigorar. Normas de aplicabilidade plena segundo José Afonso da Silva:

---

<sup>5</sup> Cf. SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 1ed., São Paulo: RT, 1982, p. 89/91.

(...) aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.<sup>6</sup>

Por normas de aplicabilidade contida entende por aquelas nas quais há a dependência legislativa, ocorrendo desta forma no texto normativo constitucional a previsão legal de determinada matéria, produzindo desde logo efeitos, independente de legislação quanto ao tema, porém, podem na superveniência de norma futura ter sua aplicabilidade restringida ou ampliada, seja por outra norma constitucional ou infraconstitucional.

Um bom exemplo, amplamente mencionado pela boa doutrina, é o art. 5º, XIII da Constituição Federal de 1988, o qual expõe “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, em outras palavras esclarece o presente inciso constitucional que o trabalho é livre seu exercício e sua forma de exercício, porém nada impede de lei futura regulamentar formas e procedimentos necessários à prática de determinada profissão.

Findada o é a classificação pela devida compreensão das normas constitucionais de aplicabilidade limitada. Tais normas existem no texto constitucional com “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, (...) carecendo de normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”, significa que o direito positivado na Constituição Federal carecerá de previsão normativa, infraconstitucional, para ser devidamente aplicado. (Alexandre de Moraes, p.12, 2012).

A importância da classificação das normas constitucionais faz-se, para no presente escopo de um estudo do direito da greve e as limitações a ele impostas, quanto a possibilidade legal de realizar as presentes restrições ao exercício ao direito de greve, pois conforme visto, a depender do tipo de aplicabilidade que este direito possua, será plenamente possível haver limitações sem que sejam elas inconstitucionais ou firam direitos fundamentais transnacionais.

A luz do exposto neste tópico é passível de concluir, quanto à indagação feita nos momentos finais do tópico antecedente, “diante desta afirmação, não pode haver restrições ao direito de greve, como há na Constituição do Brasil restrições a este exercício, como também no artigo 142, §3º, CF e o julgado do STF que endossa o posicionamento?”, ser plenamente possível a ocorrência das restrições ao direito de greve.

Elucida-se.

Tais restrições dão-se não por serem normas de aplicabilidade absoluta ou de aplicabilidade relativa restringível, mas por serem as normas concernentes ao direito de greve de aplicabilidade relativa dependente de complementação legislativa, em outras palavras, o direito de greve da forma como está previsto em nossa Constituição é norma constitucional de aplicabilidade

---

<sup>6</sup> In. Ob. Cit.

limitada, ocorre, portanto, a plena possibilidade de restringir, em certos aspectos, o direito de greve, pois o está legislando, cumprindo com as determinações constitucionais.

Pela análise feita, neste presente estudo, é de fácil entendimento o fato de ser a norma constitucional que trata do direito de greve norma de aplicabilidade contida, haja vista, as diretrizes presentes no texto normativo constitucional, onde é verificado nos artigos 9º e 37 da Constituição Federal a necessidade de lei que complemente sua aplicabilidade.

Em outras palavras, lei que defina em quais casos e como proceder ao exercício da greve, veja como exemplo a expressão constante no art. 9º §1º, “a lei definirá os serviços ou atividade essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, assim como no inciso VII do artigo 37, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Desse modo denota-se da possibilidade de restringir esse direito, seja por lei infraconstitucional seja pelo texto constitucional, como é o caso do artigo 142, Constituição Federal que restringe esse direito, por haver previsão nesse sentido, dado ao fato dos já mencionados artigos 9º e 37, inciso VII, Constituição Federal darem possibilidade para tanto, em especial pelo próprio §1º do artigo 9º da Constituição Federal, que traz a necessidade de dispor quanto a greve de serviços essenciais e quais são estes serviços.

## **4. CATEGORIAS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE**

### **4.1. Greve no Setor Privado**

É por essencial iniciar este tópico afirmando ser a greve no setor privado a greve por excelência, ou melhor, o motivo de existir e base de toda a discussão feita nesse presente estudo jurídico.

Desta feita, esclarece ser aplicável toda a argumentação realizada até o presente momento ao setor privado, sendo a ele inegável a existência do direito ao exercício da greve assim como a aplicabilidade da Lei de nº 7.783/89, a Lei de Greve e entendido como incabível a negativa ao seu exercício, guardada o pressuposto jurídico da proporcionalidade ao caso concreto, em contrário é incabível toda e qualquer restrição ao seu exercício e sua existência, nos limites legais estabelecidos pela Lei de Greve.

Ainda que o momento político e social que vive nosso país clame por diretrizes liberais, há que ponderar o Direito, enquanto uma ciência que deve de ser estudada de maneira totalmente imparcial e isenta de opiniões parciais há que ponderar ser essencial este direito, como anteriormente afirmado, dados as argumentações elencadas logo abaixo:

- 1- Garantia de bem estar social-trabalhista;
- 2- Greve como Direito Social;
- 3- O Direito Social entendido como de Observância Obrigatória;

Dentre estes argumentos elencados, é o primeiro o de maior possibilidade em ser alvo de críticas, dada a elevada carga parcial que pode possuir, todavia, contrários a este primeiro, os dois últimos possuem forte veia jurídica e são mais do que suficientes para fundamentar o Direito de Greve ao Setor Privado.

O primeiro argumento elencado acima é empregado no sentido de ser a greve forma de promoção de bem estar social, servindo, desse modo como meio garantidor dos trabalhadores da manutenção e busca de melhores condições de trabalho, diminuindo e restringindo “abusos”, sendo desse modo empregado a greve como meio a alcançar estes objetivos, desde que outros meios mostraram-se infrutíferos para tanto, tais como a convenção sindical que não alcance seus objetivos.

Por outro lado o segundo argumento, que é complementado pelo terceiro, expressa ser o direito de greve um direito social, é assim evidenciado por estar tipificada no artigo 9º da Constituição Federal, que por sua vez está elencado no Capítulo II, DOS DIREITOS SOCIAIS, sendo entendido como um direito social, além de assim desejar o legislador constituinte, por ser entendido o termo Direito Social como o conjunto de “direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivadas*”.

Direitos Sociais são aqueles direitos que objetivam garantir o exercício dos direitos fundamentais em igualdade de condições, permitindo vida digna pela proteção e garantias conferidas pelo Estado de Direito, compreendendo a positivação prática dos direitos fundamentais de forma a promover o bem estar social (Alexandre de Moraes, p.205, 2012).

Nos dizeres de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, os direitos sociais seguem as linhas de raciocínio expostas neste trabalho, a ver:

Contudo, vimos igualmente que, na atualidade, referidos direitos também têm outras funções, dentre as quais a de garantir aos indivíduos as denominadas *liberdades positivas*, ou seja, o conjunto de direitos que, amparados no princípio da dignidade humana, impõe ao Estado a prática de diversas *ações*, visando à obtenção da igualdade substancial (não mais apenas formal) entre os indivíduos.

Compreendida a greve como um direito social deve ela ser observada pelas legislações infraconstitucionais e promovida, seguindo a linha proposta pelo já mencionado Alexandre de Moraes, os direitos sociais hão que ser de “observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes (...) e são consagrados como fundamentos do Estado democrático pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (p.205, 2012), daí o terceiro e último argumento, onde dada a ordem do Estado democrático de direito presente do

art. 1º, sua falta de observância pelas legislações infraconstitucionais acarreta em inconstitucionalidade pelas legislações futuras.

Resta desta feita a compreensão, extraída desta argumentação, de que deve ser plenamente concedido o direito e o exercício (pleno) à greve ao setor privado, resguardado o postulado normativo da proporcionalidade, pois conforme bem disciplina o artigo 3º da Lei de nº 7.783/89, a greve deve ser empregada como *ultima ratio* na obtenção das pretensões trabalhistas, a saber quanto a disposição legal, “art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”.

#### 4.2. Greve no Setor Público Civil

Fora elencado no início deste tópico, CATEGORIAS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE, em que a greve no Setor Público Civil possui uma subclassificação, a qual foi criada pelo STF em sede de julgado, Rcl 6568 SP, Min. Relator Eros Grau. Nos termos do julgado (EMENTA):

RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. **INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS.** AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo. 2. **Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil.** 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. **Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das**

quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. **Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV].** 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e antes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. (STF - Rcl: 6568 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/05/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: incDJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736). (Grifamos).

É de fácil compreensão, após boa leitura da EMENTA do julgado do STF, de que aos servidores públicos é vedada o exercício da greve, **não para todos os servidores públicos**, como é corriqueiro pensar, mas àqueles, como bem exposto na EMENTA, que exercem atividades relacionadas “à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça (...) e à saúde pública (...) sejam privadas do exercício do direito de greve”.

Nesse escopo, entende-se, portanto, o não-exercício da greve para o público civil uma exceção, é regra, ao contrário senso, o exercício da greve ao setor público civil, em outras palavras, aos servidores públicos é assegurado o exercício da greve, sendo a eles vedado apenas quando há essencialidade do serviço. Como mui bem se lê no trecho abaixo citado da decisão do Supremo Tribunal Federal:

Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade.

Desse modo está o julgado exaltando a essencialidade destes serviços públicos e por isto (a essencialidade da prestação à sociedade) a inaplicabilidade do exercício da greve.

Todavia, ao que anteriormente exposto foi, não é evidenciado uma distinção em PÚBLICO CIVIL **ARMADO** e PÚBLICO CIVIL **NÃO-ARMADO (corpo de segurança)**. Bem, neste trecho não há esta distinção, é bem da verdade, entretanto no trecho que segue abaixo citado, é notório a presente distinção, e não serve ela para distinguir quanto a possibilidade de exercício da greve de um para outro, ao contrário, serve para equiparar os Servidores do Serviço Público Armado aos do Serviço Militar. Nos termos da citação que segue abaixo:

Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve.

Ocorre desse modo, que a comparação feita pelo Supremo Tribunal Federal impõe a proibição do art. 142, §3º, IV de nossa Constituição Federal aos Servidores do Serviço Público Armado, o que, por outro lado já não ocorre aos servidores públicos do serviço não-armado, que

apenas são vedados de exercer a greve por essencialidade do serviço, significa que cessando sua essencialidade, ou ela inexistindo, cessa a vedação, enquanto que aos servidores públicos armados jamais haverá tal hipótese. Apesar deste entendimento firmado pelo STF, a greve do setor público civil armado ainda continuava. Para colocar uma pá de cal sobre o assunto, o STF definiu pela proibição da greve deste setor quando do julgamento Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432, com repercussão geral reconhecida.

A tese aprovada pelo STF para fins de repercussão geral aponta que “(1) o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. (2) É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do artigo 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria”.

No julgamento acima, destaque para o voto do Ministro Alexandre de Moraes que entendeu que, não há como se compatibilizar que o braço armado investigativo do Estado possa exercer o direito de greve, sem colocar em risco a função precípua do Estado, exercida por esse órgão, juntamente com outros, para garantia da segurança, da ordem pública e da paz social.

Ainda no entender do Ministro Alexandra de Moraes deve prevalecer o interesse público e social em relação ao interesse individual de determinada categoria. E essa prevalência do interesse público e social sobre o direito individual de uma categoria de servidores públicos exclui a possibilidade do exercício do direito de greve, que é plenamente incompatível com a interpretação do texto constitucional.<sup>7</sup>

Como é pacífico de que não existem normas inúteis na Constituição Federal e desta forma havendo greve no Setor Público Civil de Segurança (ARMADO), isto se tornará inútil caso não haja medidas sancionatórias, caso a greve venha a ocorrer.

Entendemos que a medida cabível será a instauração de procedimento/processo administrativo para a apuração da responsabilidade, podendo inclusive levar a demissão a bem do serviço público, o que resultará ao grevista graves consequências, como por exemplo, o impedimento de retornar a outro cargo público.

### **4.3. Greve no Setor Militar**

Tomando por base o exposto no parágrafo anterior, é por óbvio entender ser inaplicável a greve ao Setor Militar, igualmente ao Setor Público Civil Armado, inclusive pelo exposto no artigo 142, §3º, IV da Constituição Federal, que é o artigo por excelência que veda o exercício da greve a

<sup>7</sup> Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096>, capturado em 18/05/2018.

estes dois setores, como pode ser lido:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

IV - **ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;** (Grifamos).

É evidente o anseio constitucional em vedar o exercício da greve a estes setores, para tanto, faz-se por bem e essencial entender os motivos desta presente vedação, muito além de limitar a repetir ser aos Militares e aos Servidores Públicos Civis Armados vedado o exercício da greve.

Um primeiro argumento que pode ser lançado é o quanto o Estado Democrático de Direito não poder permitir que haja a perpetuação da insegurança, esta que pode ser acarretada pela greve de militares, que ao exercer greve geram insegurança e caos à sociedade, como fora muito bem evidenciada nas greves de policiais militares do Espírito Santo em janeiro/fevereiro de 2017.

Pode ser assim constatado pela manchete, “EXÉRCITO COMEÇA A ATUAR NO ES APÓS DIA DE CAOS, VIOLÊNCIA E MEDO”, da notícia veiculada pelo portal de notícias G1<sup>8</sup>, na data de 06 de fevereiro de 2017, na notícia é apontada a situação conturbada e caótica passada pelo estado do Espírito Santo gerada pela greve dos Policiais Militares daquele estado.

O argumento do Min. Relator Eros Grau, no Rcl 6568 SP já citado anteriormente, ocorre, no sentido de promoção da segurança social deve ser vedada a greve aos servidores públicos civis armados, de igual modo, é vedado a greve aos Militares, sejam eles das Forças Armadas ou Policiais Militares, é o entendimento do Ministro Relator (STF - Rcl: 6568 SP, p. 747/748):

Não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum (...) que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Referia-me especialmente aos desenvolvidos por grupos armados. As atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe.

O Ministro Relator Eros Grau conclui em seu voto (Rcl: 9598 SP, p. 749):

Julgo procedente a presente reclamação, recomendando a procedência que esta Corte não somente afirme a proibição do exercício do direito de greve pelos policiais civis do Estado de São Paulo, mas também de quantos outros servidores públicos desempenhem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça.

Torna plausível o entendimento da restrição aos policiais civis e “outros servidores públicos desempenhem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública” é o mesmo argumento aplicável à justificativa da vedação deste direito, em debate, aos Militares, sendo

<sup>8</sup> Notícia do Portal G1 <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2017/02/exercito-comeca-atuar-no-es-apos-dia-de-caos-violencia-e-medo.html>> acesso em 03 de maio de 2018.

constitucionalíssimo a vedação a este direito fundamental e social.

## 5. CONCLUSÃO

Finda essa delongada discussão quanto da ocorrência da greve (sua existência e aplicabilidade no ramo jurídico) como sua aplicação nas diferentes classes na qual é empregada, é entendível ser a greve um direito fundamental de vertente social, garantido sim por nossa Magna Carta Legal, porém não absoluto e irrestrito em sua aplicação.

Exatamente por não ser absoluto e irrestrito que é classificado e subdivido para que em cada classe seja bem operado e garantido, evitando abusos e lesões desproporcionais, principalmente no ramo público, haja vista que lesar o setor público é lesar toda a coletividade que é a sociedade e quando o feito nos setores que são a ela essenciais é abuso de direitos por parte do grevista, que estará extrapolando seus direitos, lesando terceiro alheio e lesar terceiros alheios em seus direitos a prestação de serviços essenciais é causar um ilícito civil, nos termos do exposto logo no início deste trabalho.

Ao lesar direito fundamental de outrem, além de cometer ato ilícito é violar a própria lei de greve, nesse sentido faz-se ainda mais acertada a fundamentação em sede do Rcl 6568 SP do Min. Relator Eros Grau, de serviços públicos essenciais não haver possibilidade de ser operado o exercício à greve. Nessa mesma linha de raciocínio deve ser entendida a vedação tanto ao setor público civil armado quanto ao militar, dadas as gravosas consequências que suas paralisações acarretariam e acarretam para a sociedade.

Por fim, é certo entender, aplicável as vedações elencadas nesta pesquisa acadêmica aos Setores Público Civil Não-Armado e Armado, como de igual modo ao Militar, todavia, não aplicável é, como fora elencado e momento oportuno, ao Setor Privado, salvo quando ocorrer violações à própria lei de greve, ou ao direito de outrem.

Em suma, o direito de greve é de grande essencialidade ao Estado Democrático de Direito, defendido em nossa ordem jurídica, todavia não deve ser entendido como um direito absoluto e irrestrito, pois caso assim o fosse geraria graves violações a outros direitos, igualmente imprescindíveis para a ordem jurídica.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Juliana. **Notícia do Portal G1** <<http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2017/02/exercito-comeca-atuar-no-es-apos-dia-de-caos-violencia-e-medo.html>> acesso em 03 de maio de 2018.

BRASIL, Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02. VADE MECUM SARAIVA OAB. 15 ed., 2018.

BRASIL, Lei de Greve, Lei nº 7.783/89. VADE MECUM SARAIVA OAB. 15 ed., 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. De 1988. VADE MECUM SARAIVA OAB. 15ed., 2018.

CO88 – **ORGANIZAÇÃO DO SERVIÇO DE EMPREGO**, de 1948

<<[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235132/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235132/lang--pt/index.htm)>> acesso em 14 de março de 2018.

CO98 – **DIREITO DE SINDICALIZAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA**, de 1949

<<[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235188/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm)>> acesso em 14 de março de 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, PARA GRADUAÇÃO E CONCURSOS PÚBLICOS**. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**. 6ed., São Paulo: Ed. LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Gordinho Delgado. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO REVISTO E AMPLIADO**. 16 ed. São Paulo: LTr. 2017.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 1ed., São Paulo: RT, 1982

STF - Rcl: 6568 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/05/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: incDJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736

TJ-RS - Recurso Cível: 71004532545 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 18/02/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/02/2014

# DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA INTERPRETAÇÃO SOB A ÓTICA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815/2015

Vanessa Nunes PEREIRA<sup>1</sup>  
João Guilherme Ribeiro GARCIA<sup>2</sup>

## RESUMO

O Direito ao Esquecimento é uma ramificação de proteção dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, além de colocar-se como um forte opositor ao direito à liberdade de expressão. Ocorre que, embora existam inúmeros pleitos para sua aplicação, este não se encontra consolidado, ou melhor, não possui um parâmetro de sopesamento no âmbito do direito civil, tendo em vista que sua origem advém do direito penal, onde fora primeiramente vislumbrado. Assim, a presente pesquisa busca estabelecer parâmetros de aplicação do Direito ao Esquecimento no que diz respeito a área cível, ou seja, levando em consideração o grande avanço da rede mundial e da infinidade de pesquisas via *internet*, o presente estudo valer-se-á de uma análise análoga da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815/2015, a qual versou sobre a questão das biografias não autorizadas para traçar um caminho a ser percorrido na aplicação do direito em xeque. O estudo, assim, visa a estabelecer parâmetros para a aplicação do Direito ao Esquecimento face ao grau de interesse público que recai sobre o indivíduo em questão, valendo-se, para tanto, da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, do conflito aparente entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão, à privacidade e à intimidade e da técnica de ponderação utilizada para dirimir a problemática apresentada, visando, desta forma, resguardar a segurança jurídica e, sobretudo, o Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao Esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade de Expressão.

## ABSTRACT

The Right to be forgotten is a branch of protection of fundamental rights to privacy and intimacy, as well as being a strong opponent of the right to freedom of expression. It occurs that, although there are numerous lawsuits for its application, this one is not consolidated, or rather, it does not have a parameter of weighing in the scope of civil law, since its origin comes from criminal law, where it was first glimpsed. Thus, the present research seeks to establish parameters for the application of the Right to be forgotten on the civil law, that is, taking into account the great advance of the worldwide network and the infinity of research through the internet, the present study will be valid of an analogous analysis of Direct Action of Unconstitutionality No. 4,815 / 2015, which dealt with the issue of unauthorized biographies to trace a way to be covered in the application of the right in question. The study thus aims to establish parameters for the application of the Right to be forgotten to the degree of public interest that falls on the person in question, using, therefore, the analysis of the principle of the dignity of the human person, apparent conflict between fundamental rights to freedom of expression, privacy and intimacy, and the weighting technique used to solve the problems presented, in order to safeguard legal certainty and, above all, the Democratic State of Law.

**KEY WORDS:** Right to be forgotten. Dignity of human person. Freedom of expression.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Itana de Botucatu (FAIB), mantida pela Instituição Toledo de Ensino. Pós-graduanda *lato sensu* (Especialização) em Direito Civil e Direito Processual Civil na Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada.

<sup>2</sup> Graduando do quinto ano do curso de Direito da Faculdade Itana de Botucatu (FAIB), mantida pela Instituição Toledo de Ensino.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará acerca do direito ao esquecimento e sua interpretação de acordo com a ADI n.º 4.815/2015, a qual servirá como base fundamentadora da pesquisa, uma vez que o Supremo Tribunal Federal buscou uniformizar a questão que há muito vinha sendo abordada das mais variadas formas pelos nossos tribunais.

Neste íterim, o STF buscou dar interpretação conforme a Constituição Federal para os artigos 20 e 21 do Código Civil, em relação ao direito à liberdade de expressão, entendendo que para o caso em tela não seria necessária a autorização para que uma obra biográfica seja publicada, já que é vedada toda forma de censura pela “Constituição Cidadã”.

Face a isso, o estudo é munido de relevância em razão de abordar tema de grande discussão atual e de relevante interesse social, além de que trata a respeito do aparente conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito à liberdade de expressão em seu sentido amplo que abranja a liberdade de informação e o direito à privacidade e à intimidade.

Sendo assim, no primeiro capítulo será realizada uma abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana traçando um breve histórico de seu surgimento e início de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro para, então, dar ênfase à sua correlação com o direito ao esquecimento e a importância de ser um vetor de aplicabilidade do mesmo.

No segundo capítulo, abordará o direito à liberdade de expressão, especificamente da importância que ganhou com o advento da Constituição Federal e de como influencia diretamente a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, vez que sua maior abrangência no caso em questão é relativa ao direito à informação.

Conjuntamente, abordar-se-á os direitos à privacidade e à intimidade, aproximando-se de um dos pontos principais da pesquisa, pois o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade e à intimidade colocam-se como direitos opostos, quando presentes no mesmo objeto de análise, culminando então, em um aparente conflito de direitos fundamentais. Desta feita, apresentar-se-á, resumidamente, os principais aspectos e a importância de sua manutenção para aqueles tidos como anônimos ante a sociedade.

No terceiro capítulo será abordado o tema que ensejou o estudo, isto é, o direito ao esquecimento, que será colocado como opositor do direito à liberdade de expressão, mas, ao mesmo tempo aliado do direito à privacidade e à intimidade, de modo que se trará a importância de aplicabilidade desse conceito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o modo como a sociedade informacionista tem impulsionado seu aparecimento. Concomitantemente, abordar-se-á,

ainda, como a não aplicabilidade do direito ao esquecimento para pessoas anônimas pode claramente violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No quarto capítulo, ponto chave do presente estudo, será estudada a técnica da ponderação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para a resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/2015 e como o acórdão proferido em tal ADI pode ser igualmente aplicado para casos envolvendo o direito ao esquecimento, haja vista o conflito aparente de direitos fundamentais, de forma que através disso buscar-se-á levar o leito à conclusão e ao entendimento final sobre a possibilidade de aplicação de um acórdão já analisado e cuidadosamente elaborado em hipótese de grande similaridade.

Por derradeiro, o estudo busca analisar um método para a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, assim, de uma pesquisa de natureza bibliográfica, qualitativa e descritiva, pautada na revisão bibliográfica e documental, que tem como escopo aprofundar o conhecimento sobre o tema.

## **1 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O termo “princípio”, que advém do latim *principiu*, expressa a ideia de início, fundamento ou essência de algo, sendo muitas vezes utilizado com o intuito de indicar a premissa basilar da qual um raciocínio se desenvolve. No mesmo sentido, tratando-se de direito constitucional, os princípios ocupam a mais alta posição normativa, representando a base de sustento de todo o ordenamento jurídico, emanando fundamento às demais normas e subordinando-as através do controle do vetor interpretativo.

Quanto aos princípios constitucionais, Barroso (2015, p. 238-239) destaca:

Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do direito.

Dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, o constituinte originário, no artigo 1º, inciso III da Carta Maior, estabelece a dignidade da pessoa humana como elemento basilar do Estado Democrático de Direito, ressaltando sua importância, a qual se traduz na qualidade de principal direito fundamental constitucionalmente garantido.

Consagrado expressamente no inciso III do art. 1º da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. *Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo* e, enquanto tal, deve servir não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular (NOVELINO, 2014, p. 361-362) (grifo

nosso).

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito, o constituinte reconheceu a pessoa humana como a destinatária final para qual todas as normas convergem, zelando pela dignidade acima de outros valores ou interesses.

Contudo, longo e árduo foi o desenvolvimento histórico até que a dignidade da pessoa humana atingisse a atual concepção e obtivesse o papel de destaque que contemporaneamente ostenta perante os mais diversos ordenamentos. O estudo deste desenvolvimento é comumente dividido em quatro principais momentos: os mandamentos cristãos, o iluminismo-humanista, a Filosofia kantiana e o pós Segunda Guerra Mundial.

Muitos estudiosos consideram o pensamento cristão primitivo como embrião do princípio da dignidade da pessoa humana, justificando-se na mensagem de libertação por ele veiculada na afirmativa de que todos os homens são criados à imagem e semelhança de Deus, verte na ideia de dignidade inerente ao homem por natureza, pertencente a todos sem distinções de qualquer face (SILVA, 2013, p.175).

Ora, partindo deste mandamento cristão, seria lógico afirmar que todas as pessoas são dotadas de dignidade desde sua concepção, de maneira ontológica, visto que a dignidade flui através do próprio Criador a todos os seres criados à sua imagem, encontrando-se iguais em essência, não havendo que se falar em pessoa mais ou menos digna.

Não obstante, embora diversas passagens da própria Bíblia Sagrada possam ser invocadas em defesa da igualdade e dignidade do homem, tais preceitos foram desvirtuados e descumpridos pela própria Igreja Católica ao oficializar, no ano de 1186, a “Santa Inquisição” que, tendo como o objetivo coibir heresias, autorizou atos hediondos contra a humanidade, como a tortura e perseguição religiosa (DARÉ, 2015, p. 15).

Tal situação estendeu-se durante a era Medieval, esquecida, até que São Tomás de Aquino, em continuidade aos pensamentos de Anício Manlio Severino Boécio, retomou a noção de dignidade inerente ao homem, definindo-o como substância individual de natureza racional, alterando o rumo das ponderações que envolvem o tema (SARLET, 2002).

Conforme lecionam Borcat e Palumbo (2013, p. 306), ainda no fim da idade média, o Renascimento fundou-se na premissa antropocêntrica de que o ser humano é o cerne de todo o universo, afastando a religião como razão de todos os atos e enaltecendo a dignidade do homem como ser individual e independente.

Diante de tal situação, após o longo período de abuso de poder despótico praticado pela monarquia durante a Idade Média, houve o surgimento do segundo grande marco histórico da busca pela dignidade da pessoa humana: os ideais iluministas-humanistas. Inconformados com o sistema

vigente e contrapondo-se a fé cega depositada na Igreja, os iluministas passaram a reivindicar liberdade, igualdade e fraternidade, advogando por novos modelos políticos, sociais e econômicos de um Estado liberal fundado principalmente na isonomia entre os homens (DARÉ, 2015, p. 15).

Todavia, a concepção atual de dignidade apenas completou-se com a filosofia de Immanuel Kant que, ao publicar seu *opus Magnum* denominado “Crítica da Razão Pura”, fixou regras universais da moral, subdividindo-as em imperativos categóricos, os quais denomina: “Lei Universal” e “Autonomia”.

Daré (2015, p. 17), de maneira simplificada, explica a aplicação dos imperativos categóricos de Kant como reguladores da moralidade:

Os imperativos significam o dever moral que a pessoa possui de agir conforme princípios que ela quer que os demais sigam, não porque é coagida a isso, mas porque injeta esta coação em seu ser, fazendo cumprir essa obrigação moral.

Entretanto, a essência da dignidade da pessoa humana idealizada por Immanuel Kant é, de fato, abstraída de sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, que conclui pela dignidade atrelada à razão, na capacidade única do homem em raciocinar e determinar seus atos, possuindo todos os seres humanos um fim em si, não sendo apenas objetos da consecução de outro objetivo. A ideia de dignidade para Kant aproxima-se, de certa forma, ao ideal de igualdade ventilado pelo cristianismo primitivo, indicando a dignidade como atributo ontológico, embora fundado em bases teóricas absolutamente diversas (RIBEIRO, 2012).

Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica do dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus (COMPARATO, 2003, p. 23).

O quarto fator no desenvolvimento da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado a reação pós Segunda Guerra Mundial, onde o choque causado pelas atrocidades cometidas pelo Nazismo Alemão incutiu forte sentimento generalizado de insegurança, clamando por justiça e medidas capazes de combater a reincidência de tal barbárie.

Cabe ressaltar que as crueldades praticadas pelo Partido Nazista foram realizadas sob a égide do Direito Alemão, que legitimava o genocídio e outras brutalidades, evidenciando a necessidade de revisão do Direito e do Constitucionalismo. Nesse sentido:

Ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial, na tentativa de consolidar conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo Estado que tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular; a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição, a *busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia* (NOVELINO, 2014, p. 42) (grifo nosso).

Por conseguinte, entendeu-se que a proteção dos direitos humanos, guiada pelo vetor

máximo da dignidade da pessoa humana, deveria prevalecer mesmo que através das fronteiras de soberania entre os Estados, visando coibir o terror vivido durante a Segunda Guerra (DARÉ, 2015, p. 18).

Houve, então, conforme dita Piovesan (2006, p. 29), uma reaproximação à Filosofia Kantiana de dignidade e moralidade, compatibilizando o direito com ética e permitindo a consolidação da força normativa dos princípios, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em solo nacional, a primeira aparição da dignidade da pessoa humana ocorreu de maneira tímida e isolada na Constituição de 1934, manifestando-se na necessidade de que a ordem econômica possibilitasse a todos uma existência digna. A Constituição de 1937, contudo, em razão de seu caráter manifestamente autoritário, retroagiu nesse quesito, suprimindo qualquer alusão ao princípio (MARTINS, 2012, p. 47-48).

O tema apenas retornou ao texto constitucional com o advento da Constituição de 1946: Apresentando uma ideia semelhante a exposta por Max Webber em sua obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, o artigo 145 da aludida Constituição referia-se ao trabalho humano como meio de viabilizar a existência digna do homem.

Por sua vez, a Constituição de 1967 trouxe expressamente o emprego do termo “dignidade humana”, inédito nos textos constitucionais anteriores, proclamando, em seu artigo 157, II, pela ordem econômica como meio de realização da justiça social em observância a determinados princípios e, dentre eles, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana (MARTINS, 2012, p. 48).

Todavia, a previsão constitucional deste princípio não foi o suficiente para retirar o autoritarismo e o arbítrio político dos textos constitucionais, o que levou a Constituição brasileiro de 1988 a preludiar a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (DARÉ, 2015, p. 19-20).

No mais, como resultado do desenvolvimento histórico do princípio da dignidade da pessoa humana, o constituinte espalhou o princípio por diversas passagens constitucionais, além de incluir como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, criando o que alguns autores denominam “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana” (DONEDA, 2006, p. 96).

Neste ponto, antes de adentrar propriamente na tentativa de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, é de suma importância a realização de alguns apontamentos quanto a própria essência do Estado, evidenciando o papel que este importantíssimo princípio emprega no Estado Democrático de Direito:

Atendo-se à teoria contratualista proposta por Thomas Hobbes, o homem, enquanto em estado natural, não poderia conviver com seus semelhantes, estando constantemente no reino da guerra e dispersão, por conta das atrocidades cometidas em nome da autopreservação e dos interesses próprios, ensejando a implantação de um governo central com autoridade para assegurar os interesses individuais face aos demais integrantes da sociedade.

Assim sendo, para que o Estado pudesse garantir a proteção de seus integrantes, estes tiveram de abdicar de parte de sua autonomia em benefício daquele. Portanto, o Estado existe em benefício do homem, e não o contrário, devendo sua atuação ser limitada para que não ofenda a natureza de quem o criou (AWAD, 2006, p. 114).

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2002, p. 47).

A dignidade, por si só, não apresenta um direito, mas sim uma qualidade inerente a todas as pessoas de maneira ontológica, sem distinções de qualquer tipo, a partir da qual se desdobram direitos fundamentais, sob a premissa máxima de garantir a cada indivíduo o mínimo existencial apto para o desenvolvimento do fim que cada ser possui em si.

Pelo exposto, o princípio da dignidade da pessoa humana, como núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, não constitui um direito conferido pela constituição, mas uma imposição ao Estado do dever de proteger e promover a dignidade individual do homem, formando o vetor interpretativo que orienta a interpretação e aplicação de todas as demais normas do ordenamento jurídico, possuindo um conceito amplo e variável, visto que a própria sociedade evolui a passos largos, devendo o princípio evoluir na mesma velocidade para que sua aplicação não se encontre defasada.

Tendo isso em vista, a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, encontra-se vitalmente entrelaçada aos direitos fundamentais que dela se desdobram, como a liberdade de expressão, a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem, constituindo o principal fundamento e vetor de aplicação do direito ao esquecimento.

## **2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS PRIVACIDADE E INTIMIDADE**

O direito à liberdade de expressão encontra-se na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso IX, bem como em seu artigo 220, *caput* e § 2º, nos quais permitem-se a manifestação do pensamento em todas as suas formas e sem restrição, além de vedar toda e qualquer censura. Ademais, o inciso XIV do artigo 5º do mesmo Diploma Legal, traz a consagração

do direito difuso da cidadania à informação, descrito como um direito coletivo, mas voltado ao aspecto individual.

Com isso, compreende-se que a manifestação do pensamento está umbilicalmente atrelada à liberdade de expressão, posto que pensar é acontecimento ininterrupto que tem origem e se desenvolve no intelecto humano (JABUR, 2000, p. 148). Assim, seria ilógico pensar em liberdade de expressão sem antes lembrar da manifestação do pensamento, uma vez que este é algo intrínseco do ser humano e não é irreprimível, já que a fonte a qual o propaga o faz livre, sendo impraticável obstar sua construção, contudo, isso não simboliza que o pensamento ao ser externalizado não é passível de limitações.

Desta forma, depreende-se que a liberdade de expressão figura como o gênero do qual à sua volta orbitam todas as outras liberdades decorrentes, como manifestação do pensamento, liberdade de opinião, de comunicação e no caso em questão, principalmente, a liberdade de informação, essenciais ao homem na vida em sociedade.

Ante essa visão geral, verifica-se que a liberdade de expressão é tratada de forma genérica e ampla durante sua evolução histórica, de modo que a definição da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (apud SILVA, 2013, p. 235) nos traz o conceito mais atinente e específico do que seria liberdade, isto é, seria fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo, já que o exercício dos direitos naturais do homem limitam-se na medida em que é assegurado o direito alheio.

Desta maneira, é possível compreender que a liberdade de expressão, no campo do direito ao esquecimento, é algo que possui relevante importância e que no caso em comento, servirá como um contrapeso para as questões em que não há a viabilidade de aplicação do direito ao esquecimento em detrimento da expressão e da informação como um todo.

Verifica-se que a liberdade de expressão não pode ter um tratamento somente voltado à liberdade do indivíduo de expressar sua opinião, pelo contrário, a abordagem deve ir além, pois o conjunto do direito fundamental à liberdade de expressão deve ser avaliado como um todo, como um direito, voltado ao cidadão, de obter informação, propagar informação; mas, que ainda sim, é limitado, pois há responsabilidade por aquilo que é divulgado.

Justamente nesse ponto que há o cruzamento de raciocínio com o direito ao esquecimento, pois ao mesmo tempo em que se deve assegurar a liberdade de informação por meio da liberdade de expressão, também é necessário assegurar o direito à intimidade e à privacidade do indivíduo que deseja não ter lembrado e colocado à mostra uma parte de sua vida que não lhe agrada ou que lhe remete a uma situação que deseja esquecer.

De tal modo que ao desrespeitar esse direito que vem se impondo e se fortalecendo no

ordenamento jurídico brasileiro, esbarra-se no fato de que a liberdade de expressão adotada no Brasil trata-se da liberdade de expressão responsável, haja vista que limites são impostos ao exercício desse direito fundamental, dado que não constitui um direito absoluto. Tal é assim que se permite o exercício do direito, mas, aquele que o exerce, está sujeito às consequências legais, quais sejam, a responsabilidade civil e penal.

Na outra extremidade da problemática, estão os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, visto que atuam como um limite à liberdade de expressão, ao passo que o próprio indivíduo é quem tem o discernimento e o condão de definir quais informações ou situações deseja que haja a aplicação do direito ao esquecimento.

O direito fundamental à privacidade e à intimidade encontra-se no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal e, além desta, ainda possui previsão em inúmeras declarações das quais o Brasil é signatário, como na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948, IX Conferência Internacional Americana) em seu artigo 5º, em que se garante proteção legal a ataques contra a honra, à vida particular e familiar; no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), que propaga a não interferência na vida privada e familiar, bem como à honra e reputação, garantindo proteção legal contra eventuais ataques.

Superada a tipificação legal, passa-se à conceituação do direito em tela, em que, no ano de 1980, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis inauguraram a moderna doutrina do direito à privacidade, através do artigo intitulado “*The Right to Privacy*” publicado pela *Havard Law Review*, no qual buscaram preconizar que a lei está em contínua mudança a fim de atender às necessidades e aos anseios da sociedade, de modo que seu desenvolvimento é inevitável, passando daquele momento em diante a tutelar tanto os bens materiais quanto os imateriais, como as emoções, em decorrência do surgimento dessa premência.

Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890) diante dessas circunstâncias captaram a necessidade presente no mundo e passaram a desenvolver o direito à privacidade como o direito de ser deixado em paz, no sentido de conferir ao indivíduo proteção e autonomia sobre as circunstâncias de sua vida que deixará à mostra.

Afirmavam que a tutela desses bens não decorria do direito à propriedade como até então se proclamava, mas sim do direito à privacidade, sendo que tais autores definiram referido direito, utilizando a expressão adotada pelo juiz Thomas Cooley, “*right to be let alone*”, isto é, “direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz”, o que assinala a individualidade do direito à privacidade naquele final de século:

*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken*

*for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops” (WARREN; BRANDEIS, 1890).<sup>3</sup>*

Assim, o que se vislumbra acerca desse renovado direito à privacidade, é a pretensão de se visualizar respeitada a esfera da autonomia pessoal e familiar, mais especificamente, no que diz respeito ao direito de ser deixado em paz, uma vez que a divulgação de assuntos privados pode assumir caráter austero na medida em que evidencie o indivíduo aos olhos da sociedade de maneira inconveniente ou relatando fatos distantes da verdade, o que provoca o não consentimento, bem como a não disseminação de tais informações pessoais, haja vista a responsabilidade que pode advir (SAMPAIO, 2013, p. 893). Vislumbra-se que o direito à privacidade é alcançado através da proteção às esferas íntima, secreta e privada, sendo o “espaço último intangível da liberdade humana” (SAMPAIO, 2013, p. 894).

Ao transportar essa amplitude e limitação para o tema da pesquisa, saliente-se que o direito ao esquecimento se encontra no âmbito do direito de ser deixado em paz, com o segredo e sigilo, encontrando parte de sua definição no controle sobre fatos e informações ocorridas e que na atualidade perderam sua importância ante a propalação momentânea.

Tal direito, portanto, respalda-se na faculdade de decidir não ser molestado em sua vida particular, elaborando um ambiente de autodeterminação e preservação da esfera privada que, sem a anuência do titular ou de interesse público, não poderá haver a interferência alheia.

Nessa mesma linha de raciocínio há, ainda, a presença do direito à intimidade, em que a distinção entre ambos comporta diferentes definições, isto é, a privacidade está atrelada às relações interindividuais nas quais se compartilha informações que devem, tão somente, permanecer ocultas ao interesse alheio e não ao convívio doméstico; por outro lado, a intimidade destina-se a um processo segregacional entre o “eu” e os “outros”, de modo a criar uma superfície impenetrável do interesse alheio, inclusive dos mais próximos.

Cumprido salientar que os direitos à intimidade e à imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço intransponível por intromissões ilícitas externas. Por isso, a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela, pois ambas integram o direito à vida privada (DARÉ, 2015, p. 89-90).

Compreende-se nessa diminuta argumentação que, embora a privacidade e a intimidade

---

<sup>3</sup> Recentes invenções e métodos empresariais chamam a atenção para o próximo passo que deve ser tomado para a proteção da pessoa, e para a segurança do indivíduo daquilo que o Juiz Cooley chama de direito de “ser deixado sozinho” (ou “ser deixado em paz”). Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas têm invadido os sagrados arredores da privacidade e da vida doméstica, e numerosos aparatos mecânicos ameaçam fazer bem a previsão de que “o que é sussurrado dentro dos armários será proclamado pelos telhados”. (tradução nossa)

busquem a proteção do indivíduo em seu âmbito íntimo e preservado, elas acabam por atingir diferentes esferas, dado que a privacidade destina-se às relações interpessoais do “ser”, enquanto a intimidade busca a proteção da esfera mais íntima e privada, daquilo que o “ser” pretende manter tão somente para si, fora do alcance de todos.

De tal modo, a principal inferência de toda essa conceituação até aqui apresentada é a concentração de proteção da intimidade, a qual se dirige à esfera reservada do indivíduo, isto é, pende-se ao recolhimento e à contenção da curiosidade e conhecimento alheio, de modo que sua existência é necessária, a fim de, então, submeter-se ao direito de ser ou não preservada, bem como tutelada; sendo que os limites de incidência dessa proteção hão de ser notados no caso concreto e no comportamento individual.

Todavia, a essa altura questiona-se acerca das pessoas notórias e que possuem relação com o tema em análise, vez que o aspecto do direito ao esquecimento, em sua maior parte, destina-se mais àqueles que possuem fama e destacam-se na mídia do que para o cidadão comum. Com relação a estas, indaga-se qual a esfera de sua intimidade, ou seja, qual o contorno deve ser preservado e qual pode ser adentrado no intuito de satisfazer o interesse alheio? A figura pública, em decorrência de sua contínua exposição ao público, bem como da esfera midiática ao seu redor, tem a circunscrição de sua intimidade diminuída naturalmente, de forma que vetar intromissões ou especulações acerca de sua vida privada e esfera íntima cresce ou diminui na mesma intensidade do aumento ou redução de sua popularidade.

Assim, é possível observar que a intimidade estará na maior parte das vezes, se não sempre, interligada ao aspecto íntimo do ser humano, uma vez que seu conteúdo é mais determinado ou determinável, não atingindo e sequer alcançando as muitas faces de suas exteriorizações por meio do conceito tradicional do “direito a estar só”. Até porque, sua forte conexão e proteção está fundada no direito da dignidade da pessoa humana, o qual dá o tom de tutela do direito à intimidade, como o faz no tocante à vida privada, a partir das inúmeras ligações com os demais princípios e regras constitucionais.

### **3 DIREITO AO ESQUECIMENTO**

O direito ao esquecimento, se analisado de maneira ampla, é forte opositor do direito à liberdade de expressão, mas ao mesmo tempo firme aliado do direito à privacidade e à intimidade. Para a doutrina majoritária o direito ao esquecimento teve seu nascimento na esfera criminal, por meio do julgamento pela Corte Constitucional Alemã em junho de 1973, do caso Lebach (DARÉ, 2015, p. 108). Referido caso tratava-se da chacina de quatro soldados alemães em 1969, de modo que, pouco tempo antes do último condenado ser libertado, um canal de televisão alemão decidiu

transmitir um programa acerca do crime ocorrido, exibindo fotos e consequências reais do delito sucedido há anos.

Em razão disso, o mencionado condenado ingressou com ação visando ao impedimento de veiculação do programa, sob a fundamentação de que relembrar o caso, trazendo-o à tona, poderia ocasionar-lhe sérias dificuldades no processo de ressocialização.

Insta anotar que, embora o surgimento do direito ao esquecimento tenha se dado através da esfera criminal, sendo esta ainda, a maior seara de sua aplicabilidade, não implica em seu emprego em outras esferas do direito, como no âmbito civil, por exemplo. Desta feita, o direito ao esquecimento tornou-se objeto de discussão no Tribunal de última instância de Paris, no qual em 1983 constou o seguinte prelecionamento:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir a sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela. (OST, François, 2005, p. 161 apud O PROCESSO, 2013 apud DARÉ, 2015, p. 110).

Neste caminhar, entende-se que o fato a ser narrado, seja por meio da imprensa ou por meio de uma história biográfica, deve ser dotado de relevância para o interesse público, mas, principalmente, deve ser dotado de atualidade em relação a tal interesse, pois determinados fatos ao longo do tempo perdem o “poder” de atrair o público pelo desgaste informacional enfrentado no decorrer desde sua ocorrência, o que não acontece, é claro, com as histórias e personagens capazes de chocar a história e, então, modificar seu contexto desse momento em diante. A respeito disso, Enéas Costa Garcia (2002, p. 239) aduz:

Este “direito ao esquecimento” não se limita aos autores de crimes. Toda pessoa que, por algum momento teve sobre si a atenção da mídia, tem o direito de preservar a sua situação presente, evitando que os fatos notórios do passado venham a ser repisados. Também, por falta de interesse informativo, não podem os meios de comunicação pretender publicar fatos da vida atual da pessoa exclusivamente porque no passado tal pessoa foi alvo de interesse jornalístico.

Nesse contexto, a aferição da existência do interesse público e informativo da notícia realiza a distinção necessária para a proteção através da liberdade de expressão, ou melhor, os fatos atuais são passíveis da tutela pelo direito à liberdade de expressão e informação, ao passo que os fatos passados também o são, momento em que se vislumbra o choque entre esses direitos fundamentais, uma vez que toda a tutela do direito ao esquecimento e sua ligação com os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade estão atreladas, também, ao direito à informação e, principalmente, ao conteúdo histórico que possa ser disso construído.

Ora, ao partirmos do princípio que o direito ao esquecimento está intimamente ligado ao

direito de informação, torna-se possível compreender o porquê sua aplicação ainda não ganhou de forma destacada os Tribunais.

Senão vejamos, a informação, seja de cunho político, social ou econômico é tratada, atualmente, como uma mercadoria da qual, ao transformar-se em entretenimento faz com que se desencadeie a denominada “civilização do espetáculo”, que é definida por Mario Vargas Llosa como (apud MOREIRA e MEDEIROS, 2016, p. 04):

“A civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida (...). Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo na informação a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo”.

Claro que a sociedade como um todo possui a informação como base para seu desenvolvimento, até mesmo por esta ser tida como um direito fundamental decorrente da liberdade de expressão. Todavia, quando a mesma se transforma em um espetáculo estamos diante da conceituada civilização do espetáculo, em que o espetáculo e a informação proveniente deste são difundidos na sociedade de forma invasiva e descontrolada, a ponto de restringir os direitos da personalidade, como intimidade, honra, imagem e privacidade (MOREIRA; MEDEIROS, 2016, p. 04), levando a uma necessidade de sopesamento de tais direitos e sua aplicação no caso concreto por meio do emprego do direito ao esquecimento.

O ponto chave para a aplicação do direito retro aludido, é a sua verificação no caso concreto, ou seja, deve-se proceder a uma ponderação de valores, em que se tem de levar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto para a aplicação ou não e para o estabelecimento de seus limites, no caso de incidência do direito ao esquecimento. Nessa seara, a *Court of Justice of the European Union* (DARÉ, 2015, p. 119) esclareceu dois requisitos para a aplicação do mencionado instituto, a saber:

O primeiro requisito é verificar a cada caso em concreto, a partir de uma ponderação de valores, levando-se em consideração as peculiaridades de cada um, se existe a preponderância do interesse particular sobre o público, pois somente nesta hipótese é possível a aplicação do direito em tela. O segundo ponto, implicitamente reconhecido, foi permitir a aplicação do direito ao esquecimento para uma pessoa que almeja ter uma notícia a seu respeito “apagada”, ainda que verídica. (DARÉ, 2015, p. 119).

Saliente-se que, na VI Jornada de Direito Civil, em 2013, fora aprovado o Enunciado 531<sup>4</sup> com a seguinte redação: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Embora não possua qualquer força normativa, é utilizado como norte de referência para aplicação do direito, o que ratifica a sua legitimidade.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531. **VI Jornada de Direito Civil**. Org. Min. Ruy Rosado Aguiar Junior. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

Até porque, toda essa problemática envolta no direito ao esquecimento e sua tutela propagada por meio do emprego do princípio da dignidade da pessoa humana somente demonstrou que “a lei é estática e não há como o legislador prever e alcançar plenamente todos os fatos sociais” (ALMEIDA, 2017), a discussão que se criou e vem sendo fomentada em torno do direito ao esquecimento somente demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sofrendo alterações em seu entendimento e, conseqüentemente, em sua interpretação, uma vez que o direito ao esquecimento em si o utiliza como base fundamentadora de aplicação fazendo com que siga as mudanças naturais da sociedade.

E tal é assim, que o direito ao esquecimento, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, desenvolveu-se como uma ramificação do direito fundamental à privacidade, na qual se vislumbra a máxima de Warren e Brandeis do direito de ser deixado em paz e recair no esquecimento após determinado lapso temporal atinente a um evento público envolvendo pessoa pública ou não. Isto é:

O dever de memória é inválido se não for justificado em necessidades históricas, assim o direito ao esquecimento será imposto a todos e em benefício de todos. Esse direito é independente, sendo uma tutela da memória individual e da memória coletiva. Trata-se de um direito fundamental e essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana consistente no ‘direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros (MOREIRA; MEDEIROS, 2016, p. 05).

O direito ao esquecimento foi cunhado a partir de uma nova gama de direitos fundamentais, tendo por objetivo o resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana em face dos abusos praticados no exercício da liberdade de expressão e de informação que, por vezes, acarretavam inúmeros prejuízos à vida do retratado que não chegavam aos pés do interesse ou necessidade social a respeito. Por conseguinte, relevante destacar que o *right to be let alone* ou, simplesmente, direito ao esquecimento, não pode ser indistintamente aplicado, pelo contrário, “a informação que possua interesse público e seja verídica é de suma importância para a efetivação de um Estado Democrático de Direito, além do que, sua supressão acarretaria risco à própria paz social” (DARÉ, 2015, p. 130).

Assim, as hipóteses de incidência do direito tutelado não são abertas e irrestritas, sendo elencadas em seis fatos: 1) o fato pode ser verídico ou não; 2) é preciso que a divulgação provoque algum tipo de sofrimento ou transtorno; 3) a informação ou crítica deve carecer de interesse público, pelo decurso do tempo ou pelo comprometimento do processo de ressocialização; 4) inclua um conflito aparente entre liberdade de expressão e/ou informação e os atributos da vida privada; 5) pressuponha a realização de ponderação dos valores mencionados no caso concreto, a fim de apurar qual deve prevalecer; 6) não se limita à esfera criminal somente, sendo ampliado para toda situação em que se pretenda esquecimento (DARÉ, 2015, p. 130-131).

No que diz respeito às hipóteses de não aplicação do direito ao esquecimento, uma é o caso das biografias não autorizadas, as quais são ponto excepcional na aplicabilidade do direito em tela, visto tratar-se da vida do biografado em um veículo de informação *sui generis*.

Ocorre que, de acordo com o discorrido por Geisa Oliveira Daré (2015, p. 133-134), a excepcionalidade de aplicação do direito ao esquecimento no âmbito das biografias não autorizadas somente ocorrerá quando lícita a informação, mas principalmente, quando não visar desabonar a imagem, honra, bom nome da pessoa, mas tão somente noticiar fatos e momentos pertencentes à sua história, notadamente reconhecida, mesmo que o biografado deseje o seu esquecimento. Logo, verifica-se que o direito ao esquecimento é dotado de dupla aplicabilidade, isto é, pode ser efetivamente requerido pelo biografado e julgado procedente a fim de que este tenha seu direito à privacidade e à intimidade preservado ou, pode ser requerido e negado, dado que o interesse público no caso concreto pode ser dotado de amplitude maior em relação ao privado, prevalecendo, portanto.

Destaca-se, ainda, que tal aplicação excepcional não pode se dar tão somente no âmbito das biografias não autorizadas, mas, principalmente, em relação àqueles indivíduos não dotados de interesse público, sendo necessário então reavaliar a preponderância do direito à informação frente ao direito à privacidade e à intimidade.

E essa discussão ocorre, justamente, do fato do direito ao esquecimento ter tido seu início na seara do direito penal, na qual o Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades de enfrentamento do tema o definiu como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”<sup>5</sup>.

Nessa continuidade de raciocínio tem-se que nos recursos especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ (chacina da Candelária e caso Aída Cury, respectivamente), o Ministro relator Luis Felipe Salomão ao discutir a tese do direito ao esquecimento sustentou que:

[...] não se pode, nestes casos, permitir a eternização da informação. No caso do acusado de participar da chacina da Candelária, a emissora de TV foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais, porquanto se entendeu a menção de seu nome como um dos participantes do crime, mesmo após a sentença criminal que o absolveu, causou danos à sua honra, já que ele tem o direito de ser esquecido. No tocante a questão da liberdade de imprensa, o ministro Relator dos casos destacou que embora a história da sociedade seja patrimônio imaterial do povo, esta liberdade deve ser analisada a partir do fato concreto e que houve completo menosprezo a dignidade da pessoa humana. (ALMEIDA, 2017).

Todavia, cabe consignar que o instituto estudado não é um atentado à liberdade de expressão e de informação, mas o inverso, dado que um dos requisitos para sua aplicação efetiva é o

<sup>5</sup> BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.593.873/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 10 nov. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1.593.873.pdf>> Acesso em 01 jun. 2018.

interesse particular sobressair-se em relação ao social na divulgação dos fatos.

Até porque, apenas nas presunções das quais a tutela dos direitos individuais possuem maior grau de afetação que a tutela dos direitos coletivos, é que se poderá cogitar de forma efetiva a aplicação do direito ao esquecimento, uma vez que a própria passagem do tempo, no campo do direito, é o que permite a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar (ALMEIDA,2017).

E é justamente nesse sentido que se busca uma efetivação maior de aplicação do Direito ao Esquecimento, já que, em um mundo tecnológico, enfatizar a dor alheia em busca de saltos maiores tornou-se um atrativo da civilização do espetáculo, de tal forma que quando da aplicação do instituto poder-se-á, de certo modo, sepultar o que a lei e o indivíduo, que teve seu passado revirado, pretendem.

### 3.1 Da Violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana constitui um supraprincípio, o vetor máximo de interpretação para normas do ordenamento jurídico, sendo a base do Estado Democrático de Direito e o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. O princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao seu conceito amplo e abstrato, erradia seu conteúdo, atrelando-se a diversas passagens legais e constitucionais e orientando os objetivos da República, dando formação à “Cláusula Geral de Tutela e Promoção da Pessoa Humana”:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos<sup>6</sup>.

A dignidade da pessoa humana encontra-se em dependência mútua com os direitos fundamentais, pois estes nasceram como exigência daquela, visando proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa e, apenas através da existência e exercício destes, pode ser respeitada, protegida e promovida (NOVELINO, 2014, p. 365). Ao consentir atos prejudiciais à dignidade, tratando o ser humano como objeto para consecução de determinado fim e não como fim em si mesmo, haverá violação ao dever de respeito imposto pelo princípio.

Em síntese, o dever de respeito à dignidade impede que uma pessoa seja tratada como meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), quando este tratamento for fruto de uma expressão do desprezo por esta pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo)

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 set. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 16 out. 2017.

(NOVELIVO, 2014, p. 364).

Tratando especificamente da exteriorização da dignidade humana no que tange ao direito ao esquecimento, Neomi Rao (2011, apud MALDONADO, 2017), subdivide este supraprincípio em três principais aspectos: “a) a dignidade do indivíduo associada à sua autonomia e liberdade negativa; b) a dignidade positiva de viver um particular tipo de vida; c) a dignidade como reconhecimento das diferenças entre indivíduos e grupos”.

Valendo-se de tal subdivisão, Maldonado (2017), atribui o direito ao esquecimento ao primeiro dos três aspectos, visto que, ausente o interesse público na divulgação de determinada informação, surgirá “[...] a expectativa de comportamento negativo de terceiros, consistente na vedação de divulgação de tais informações se elas, concretamente, podem se mostrar prejudiciais”. Nesse diapasão, a inobservância da expectativa de comportamento negativo, através da prática de conduta com objetivos desvirtuados (aspecto objetivo), resulta em transgressão direta à privacidade e à intimidade, desprezando a pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo) e, conseqüentemente, violando o princípio da dignidade humana.

Deste modo, verifica-se que o sopesamento da violação à dignidade da pessoa encontra-se ligada ao interesse público nas informações que possam ser eventualmente veiculadas, devendo, no caso concreto, ser vedada a perpetuação de informações, dados ou notícias que não se encontram estritamente definidas pelo interesse público, aplicando-se o direito ao esquecimento como medida assecuratória da dignidade humana, garantindo autonomia para que a pessoa seja capaz de buscar o fim que possui em si, o qual se traduz na realização pessoal de sua felicidade plena.

#### **4. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ADI 4.815/2015 NA ÓTICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Antes de adentrarmos na aplicação da ADI n.º 4.815/2015 e sua subsunção ao direito ao esquecimento, é de importância tratar acerca do conflito aparente entre direitos fundamentais existente no caso em apreço, isto é, a ADI traz em seu bojo um questionamento que está além dos artigos 20 e 21 do Código Civil, uma vez que trata do conflito entre direitos fundamentais, mais precisamente, o direito à liberdade de expressão (em seu sentido amplo) e o direito à privacidade, intimidade, honra e imagem.

Contudo, para que se possa alcançar o entendimento acerca desse conflito aparente, é necessário classificar as normas jurídicas em dois grupos – o dos princípios e o das regras -, pois através de tal distinção consegue-se enquadrar adequadamente o conflito existente.

Por conseguinte, os princípios e as regras estão englobados no que a doutrina denomina de normas jurídicas, a qual é o gênero que comporta tais espécies. A distinção entre essas espécies

ganha relevância no que tange às normas constitucionais, dado que tais normas são as que em grande parte abrangem princípios, em virtude de seu caráter social, os quais são de observância do Poder Público e daqueles que a eles se submetem. Tais normas colocam-se como alicerce do sistema, irradiando-se sobre as mais diversas normas e auxiliando na elaboração e compreensão por delimitar a lógica e racionalidade do sistema normativo.

Por outro lado, as regras materializam-se como aquilo que deve ser cumprido conforme estabelecido em sua redação, ou seja, correspondem às normas que, perante o acontecimento de hipotético fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 252). No entanto, não é factível estabelecer um modo gradativo de cumprimento do que a regra determina, pois, tais regras são dotadas de um menor grau de abstração e de alta densidade normativa.

Todavia, a diferença substancial entre as regras e princípios está no modo de aplicação de tais normas, haja vista que para Luís Roberto Barroso (2015, p. 242), “regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto”. E é este o ponto que se pretende alcançar nesta pesquisa, uma vez que ao enquadrar toda a conceituação e diferenciação trazidas, depreende-se que os direitos fundamentais encaixam-se no que se denomina de “norma princípio” do que “norma regra”, pois os princípios possuem aspectos mais abrangentes e não limitadores de sua incidência, enquanto as regras atentam-se estritamente àquilo que prescrevem.

Os meios tradicionais para resolução dos conflitos que surgem não são os mais adequados para as situações apresentadas, dado que tais antinomias não se posicionam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas, fazendo com que o entrechoque de normas constitucionais ocorra de três variados tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; e c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais (BARROSO, 2015, p. 368).

À pesquisa interessa a colisão entre direitos fundamentais, ou seja, aqueles que em sua estrutura normativa se equiparam aos princípios, de modo que aqueles direitos convivem em harmonia, como a liberdade de expressão e a privacidade e intimidade podem provocar contradições no seu exercício concreto e, em vista disso, podemos trazer o exemplo da ADI n.º 4.815/2015 e sua aplicação voltada para o direito ao esquecimento, haja vista a similaridade de aspectos no que diz respeito ao conflito aparente de direitos fundamentais.

A referida ADI aborda o conflito aparente entre os direitos fundamentais, bem como nos leva a compreender que não poderia permanecer da forma como se encontrava, haja vista que a Constituição assegura as liberdades de maneira ampla e é superior às demais normas presentes no

ordenamento jurídico, não podendo, portanto, ser anulada por outra norma constitucional ou por normas infraconstitucionais, nem mesmo sob o pretexto de resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado.

Os direitos fundamentais permitem a solução do conflito aparente através da aplicação da técnica da ponderação, dado que, diante da abrangência de tais direitos e de sua colocação no caso concreto, é possível buscar a conciliação entre ambos, levando-se em consideração a relevância de sua utilização, bem como garantindo que o outro não deixe de ser tutelado, apenas coloque-se em segundo plano, com o objetivo de que o conflito deixe de possuir alta magnitude ante o problema.

Com efeito, o juízo de ponderação é colocado como o último teste do princípio da proporcionalidade, posto que é sensível à noção de que, embora no sistema constitucional todas as normas sejam dotadas do mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais, tal qual os direitos fundamentais, dotam-se de pesos abstratos diversos, isto é, em virtude de sua abrangência e grande leque de aplicabilidade, os princípios acabam se amoldando às situações concretas, levando em conta o grau de interferência que exercem sobre o direito preterido que a escolha de um ou outro pode ocasionar.

Delimitado o conflito aparente entre direitos fundamentais, torna-se de grande importância agora passar ao por quê há a compatibilidade de aplicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815/2015 que versou acerca das biografias não autorizadas ao tema central da pesquisa, que diz respeito ao direito ao esquecimento.

A referida ADI fora ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), em 05 de julho de 2012, com o escopo de declarar a inconstitucionalidade parcial, sem qualquer redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a fim de que sua interpretação quedasse em conformidade com a Constituição Federal, uma vez que havia um conflito aparente entre o direito fundamental à liberdade de expressão (em sentido amplo) e os direitos fundamentais à privacidade, intimidade, honra e imagem.

De se notar, assim, que a problemática estampada pela ANEL buscava a formalização de segurança jurídica, pois, em sua concepção, era inconstitucional a proibição de veiculação desse tipo de obra somente em virtude de não possuir a autorização do biografado<sup>7</sup>. A Advocacia Geral da União nesse mesmo sentido manifestou-se que:

[...] por força do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso I, da Constituição Federal), assegura-se a cada indivíduo o direito à autodeterminação e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Com efeito, a liberdade de expressão, na vertente da liberdade de comunicação, e o direito à informação encontram limite no direito à privacidade, assegurado pelo artigo 5º, inciso X, da Lei Maior. A existência digna do ser

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

humano pressupõe a prerrogativa de reservar para si uma esfera intangível pelos seus semelhantes<sup>7</sup>.

Ora, da leitura desses posicionamentos, assim como dos demais constantes do acórdão da ADI n.º 4.815/2015, depreende-se que a privacidade e a intimidade quando voltadas para pessoas anônimas devem ter tratamento distinto ao que se trata de pessoas públicas, vez que estes não detêm a mesma esfera de privacidade daqueles que se encontram no anonimato, fora dos holofotes e do grande interesse público, merecendo, inclusive, lembrar aqui do conceito jurídico de igualdade ou isonomia que é “[...] tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 72).

Destarte, no julgamento da ADI em análise, restou delimitado, assim como para presente pesquisa, que a autorização não se torna pertinente para as biografias que envolvam biografados de alto destaque nacional e que contribuíram para a escrita de um capítulo da história brasileira ou mundial, ensejando, com isso, interesse público a respeito.

Volvendo o que fora dito para o âmbito do direito ao esquecimento verifica-se uma perfeita similaridade, haja vista que as pessoas anônimas, que não possuem sua história confundida com o interesse e história coletivos, merecem gozar de uma maior proteção de sua privacidade e, conseqüentemente, de sua intimidade a ponto de terem determinados pontos apagados, ou, meramente esquecidos, conforme se deu no caso da chacina da Candelária em que o acusado fora declarado inocente e, ainda assim, passou a ter seu nome atrelado ao fato.

Diferentemente do que se passa com as pessoas públicas, que por vezes têm sua história confundida com a coletiva, fazendo com que a proibição de veiculação de determinadas informações tornem-se uma forma de censura, já que há grande interesse público a respeito e, quiçá comoção nacional, como ocorreu no caso do assassinato de Daniella Perez pelo parceiro de elenco Guilherme de Pádua, em que por se tratar de pessoas públicas verifica-se uma diminuição na esfera da privacidade.

Diante de tudo o que fora tratado e da mencionada ponderação entre os direitos fundamentais em aparente conflito, tem-se que o Supremo Tribunal Federal ao se valer de tal técnica no julgamento da ADI n.º 4.815/2015 o fez da seguinte forma:

Para se ler constitucionalmente o que nos arts. 20 e 21 do Código Civil se contém há de se considerar que: a) as normas constitucionais de direitos fundamentais garantem a vida digna, para o que se assegura, expressamente, a liberdade de pensamento e de sua expressão, liberdade de informação e de criação intelectual, artística e científica. b) consequência lógica daquelas liberdades, está vedada qualquer forma de censura, estatal ou particular; c) consectário lógico da dignidade da vida, a Constituição também garante, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, impondo-se, na norma, a forma pela qual se repara o descumprimento desse direito, a saber, mediante indenização<sup>7</sup>.

Deste modo, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao resolver o aparente conflito existente entre os direitos fundamentais estudados valeu-se da técnica da ponderação, de forma que no caso das biografias não autorizadas a liberdade de expressão prevalecerá frente ao direito à privacidade e à intimidade, desde que o biografado seja pessoa pública de notável interesse social, o que de fato dificulta a limitação de informações a seu respeito.

É fato que os direitos fundamentais encontram-se interligados por meio da dignidade da pessoa humana, de modo que todo indivíduo possui em seu íntimo dados e informações a seu respeito que não se vislumbra no interregno alheio, seja por ausência de vontade, por preservação de aspectos inexplicáveis, levando à compreensão de que tanto o direito à privacidade como o direito à intimidade são instrumentos delimitadores do exercício da liberdade de expressão e corolários da dignidade da pessoa humana (SEABRA, 2018, p. 80).

Nesse diapasão, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815/2015, há de se fazer a diferenciação entre as pessoas publicamente notórias e os cidadãos comuns, posto que, quando o indivíduo encontra-se incorporado em vida de ampla relevância não lhe pode mais ser destinado os mesmos aspectos e princípios da privacidade e intimidade voltados aos cidadãos comuns, dada a sua notoriedade, fazendo com que a autorização prévia para publicação de biografia não autorizada torne-se inexigível. O interesse público na vida do biografado, portanto, mitiga seu direito à privacidade e à intimidade, devendo prevalecer, no caso, a liberdade de expressão. Diferentemente, não havendo interesse público na vida do biografado, haverá a necessidade de autorização, dado que a vida deste cidadão é tão comum como a de qualquer outro. Nessa hipótese, sem dúvida, a privacidade e intimidade deverão prevalecer em face da liberdade de expressão. Eis a proporcionalidade necessária frente ao conflito aparente entre os direitos fundamentais estudados (SARTORI; PEREIRA; 2017, p. 41-42).

E justamente nesse ponto chegamos ao auge da pesquisa, pois com o avanço tecnológico e da gama incontável de obtenção de informações, as pessoas acabaram tendo sua privacidade mitigada, tendo em vista que com a abrangência dos sites de pesquisas e o avanço de internet, até mesmo para pessoas anônimas, se tornou difícil a aplicação do direito ao esquecimento, já que as informações na *internet* estão menos sujeitas ao efeito do tempo e ao ostracismo, como era antes do advento da rede mundial (SEABRA, 2018, p. 81).

Logo, ao destinar esse entendimento para o direito ao esquecimento, compreende-se a importância da ADI n.º 4.815/2015 como um parâmetro, aplicando-a de maneira análoga, em razão de assegurar um maior âmbito de privacidade e intimidade para pessoas anônimas e, principalmente, de esquecimento, já que os atos por estas cometidos dificilmente ganharam força ou comoção nacional, sendo possível sua retirada dos sites de pesquisas.

Portanto, ante a similaridade de casos e, principalmente, pela igualdade de direitos fundamentais em aparente conflito, torna-se possível a aplicação da técnica da ponderação para os casos de direito ao esquecimento, porém, com o escopo de que o direito à intimidade e privacidade prevaleça em maior âmbito para pessoas anônimas, ao passo que pessoas públicas o possuem de maneira reduzida e, assim, com uma menor predisposição ao esquecimento.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo do estudo buscou-se compreender a questão envolta no tema central do direito ao esquecimento, bem como a importância de sua aplicabilidade e conseqüente regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Iniciou-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, principal fundamento e vetor de aplicação do direito ao esquecimento, vez que se coloca como um supraprincípio e condutor máximo de interpretação para todas as normas do ordenamento jurídico, sendo a base do Estado Democrático de Direito.

Neste caminhar, o direito à liberdade de expressão, aqui entendido como o direito à informação, fora colocado como regra na hipótese da pessoa a qual a notícia propagada se refere for de interesse público e, assim de grande notoriedade.

Ao passo que o direito à privacidade e à intimidade ganhou maior área de proteção para aqueles que não são de grande destaque nacional e merecem não serem molestados em sua vida particular ou constantemente lembrados de fatos que ficaram no passado e não são por eles responsáveis, por meio da elaboração de um ambiente de preservação da esfera privada, distante de qualquer tipo de interferência que não seja de seu interesse ser compartilhada ou mantida na sociedade informacional hoje vivenciada.

Em vista de tais aspectos, é que o artigo pôde desenvolver um estudo apurado acerca do direito ao esquecimento e a importância de sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que fatos até então esquecidos da memória da sociedade não possam ser relembrados a ponto de prejudicar aquele que nada se encontra relacionado, conforme o caso da Chacina da Candelária e sua exibição no programa Linha Direta.

Destarte, a ponderação utilizada pelo acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815/2015 é de grande relevância para o estudo e aplicabilidade do direito ao esquecimento, uma vez que a similaridade e a igualdade do conflito aparente entre direitos fundamentais se repete, de modo a impulsionar uma utilização paralela do que fora até o momento decidido, já que se trata de um estudo pormenorizado do caso concreto e, também, da esfera de privacidade pertencente ao requerente, a fim de que o Direito possa ser adequada e corretamente aplicado com o escopo de evitar injustiças e, conseqüentemente, incertezas.

Logo, o objetivo do artigo era promover a discussão e a reflexão acerca do tema apresentado, o que fora alcançado, tendo em vista a conclusão, ainda que simples e remota para a complexidade que o caso exige. Até porque, o estudo do direito ao esquecimento permite uma vasta elucidação a respeito, que fora deveras contida levando em consideração o foco, que era demonstrar a possibilidade de aplicação da ADI 4.815/2015 ao caso, ainda que se refiram a assuntos que no âmbito de proteção destinado aos direitos fundamentais divergem, já que lá prioriza-se a liberdade de expressão, ao passo que aqui busca-se a amplitude da privacidade, principalmente para aqueles ausentes de notoriedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alzerina de. Direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana. **Migalhas**, São Paulo, jun. 2017. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260646,11049Direito+ao+esquecimento+e+a+dignidad e+da+pessoa+humana>> Acesso em: 01 jun. 2018

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, vol. 20, n. 1, p. 111-120, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORCAT, Juliana Cristina; PALUMBO, Livia Pelli. O supra direito da dignidade da pessoa humana como bussola orientadora do ordenamento jurídico brasileiro. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org). **Sistema Constitucional de Garantias e seus Mecanismos de Proteção**. Birigui: Boreal Editora, 2013. p. 304-325.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003. Op. Cit., p. 23.

DARÉ, Geisa Oliveira. **Direito ao Esquecimento**. Bauru: Canal6, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflito entre Direito da Personalidade**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri: Novo Século Editora, 2017.

E-book.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. **Revista de Direito Privado**, v. 70/2016, out. 2016, p. 71-98.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Gen/Método, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris, 10 dez. 1948. Resolução 217 A (III), de 10 dez. 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/217%28III%29&Lang=>](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217%28III%29&Lang=>) Acesso em: 27 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. **E-gov, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>> Acesso em: 01 jun. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; PEREIRA, Vanessa Nunes. Biografias não autorizadas: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/2015. In: VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2017, Jacarezinho, p. 20-44. **Anais eletrônicos**. Jacarezinho: UENP, 2017. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2017/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-I.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEABRA, Ana Vitória de Almeida. **Direito ao Esquecimento e sua Aplicabilidade no Direito Brasileiro**. 2018, 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Instituição Toledo de Ensino, Centro Universitário de Bauru, Faculdade de Direito, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo:

Malheiros Editores, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, n. 5, v. IV, dez. 1890. Disponível em:  
<<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

# GREVE DOS CAMINHONEIROS: UMA COLISÃO DE LIBERDADES

Hellen Luana de SOUZA<sup>1</sup>  
Daniela Lucca ROCHA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo faz a análise da colisão entre o direito de manifestação e o direito de ir e vir, tomando, para isso, como base, os bloqueios de rodovias durante a intitulada “greve dos caminhoneiros”, ocorrida entre 21 a 30 de maio de 2018, no Brasil. A análise desse fato a luz das normas constitucionais, da jurisprudência e da doutrina busca entender e apresentar, dentro de um quadro de colisão, quais são os limites para o exercício desses direitos. Afinal, qualquer limitação, mesmo que temporária, ao exercício de tais normas fundamentais, sempre será assunto delicado dentro de um Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdades; Greve dos caminhoneiros; Bloqueio de rodovias; Colisão de direitos.

## ABSTRACT

This paper analyzed the collision between to the manifestation right and the come and go right, considering for this the highways blockades during the so-called "truckers' strike", happened between 21-30 days, of the May, 2018, in Brazil. This fact was analyzed in constitutional norms light, jurisprudence and doctrine aim to understand and show in a framework of collision, what are the limits for the exercise of these rights. After all, any limitation, even temporary, to the exercise of the fundamental norms, will always be a delicate matter in a Democratic State of Right.

**KEY WORDS:** Freedoms; Truckers' strike; Road blocking; Rights collision.

## 1. INTRODUÇÃO

A aplicabilidade das normas de direitos fundamentais é sempre tema atualíssimo no direito em razão da grande dinamicidade da vida em sociedade e das relações, às vezes conflituosas, entre certos grupos e o Poder Público: como o ocorrido durante “a greve dos caminhoneiros” em maio de 2018.

Os caminhoneiros, insatisfeitos com as constantes altas nos combustíveis, suspenderam suas atividades e bloquearam rodovias para impedir a passagem de veículos comerciais e de outros profissionais da área que não haviam aderido à manifestação. Com isso, visavam provocar grandes impactos na sociedade, pressionando, assim, o governo a reduzir o preço do diesel.

Em vista disso, retornou com ênfase no mundo jurídico a discussão sobre o que deve prevalecer quando, nesses casos, entram em colisão o direito de manifestação e o direito de ir e vir. Destaca-se que tal questão já havia sido posta ao judiciário em outros casos de manifestações com

---

<sup>1</sup> Graduanda do 3º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: hellenluanas78@gmail.com

<sup>2</sup> Graduanda do 3º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: danylurocha@gmail.com

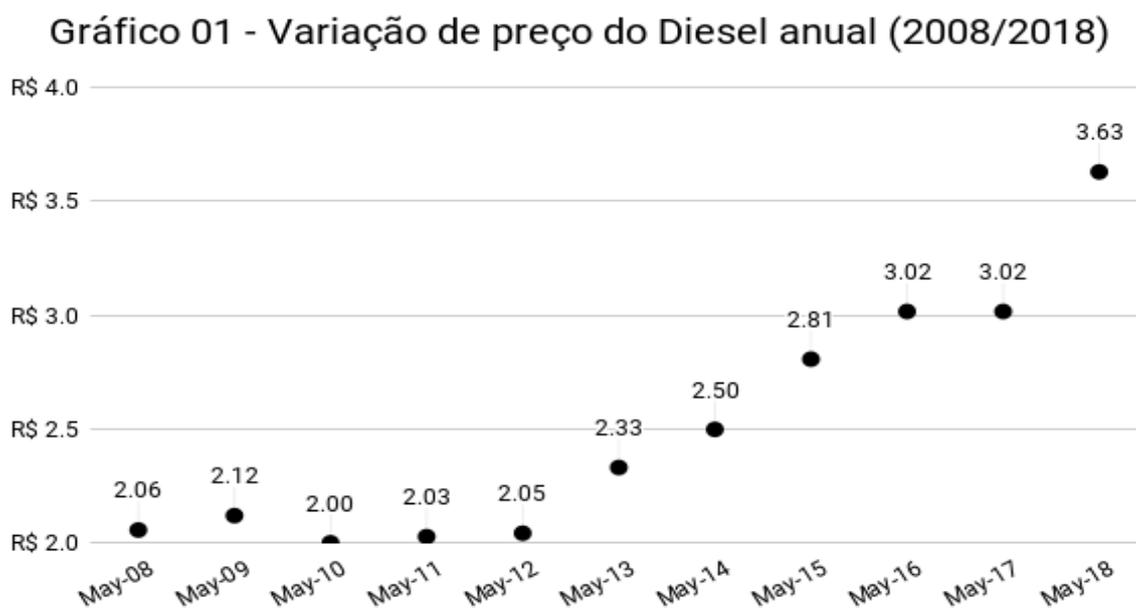
efeitos menos abrangentes e realizadas por diferentes grupos.

Em função disso, o presente trabalho, através do texto da lei, da jurisprudência e com apoio doutrinário nos ensinamentos de clássicos constitucionalistas brasileiros, artigos científicos e outros renomados autores, analisa como essa colisão entre o direito de ir e vir e direito de manifestar-se tem sido solucionado, buscando analisar criticamente se a solução dada é condizente com o Estado Democrático de Direito.

## 2. CONTEXTO

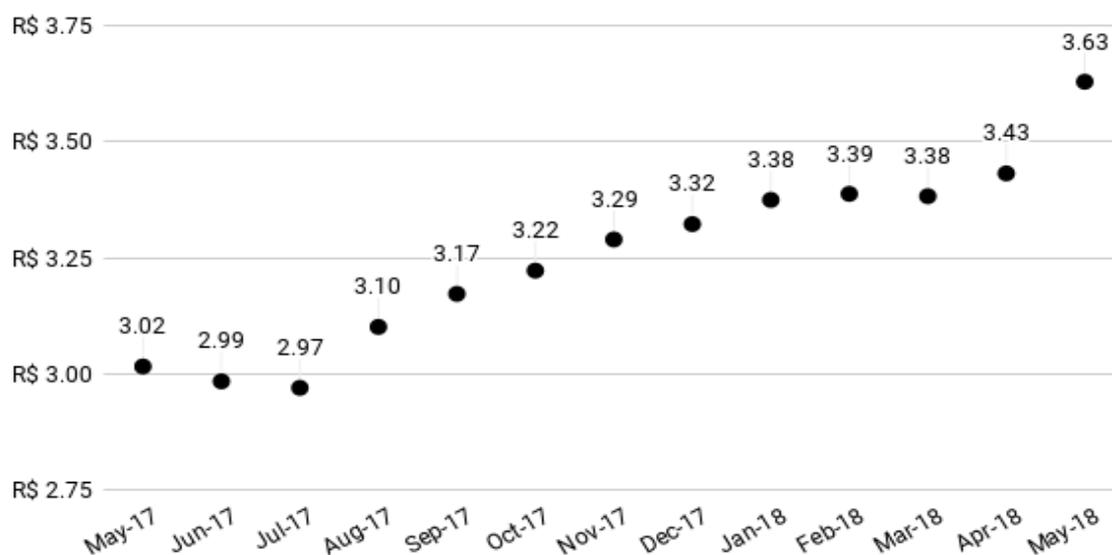
Os efeitos das operações de combate à corrupção no Brasil alastraram-se pelos mais diversos ramos de atividades da sociedade. Prova disso está no fato de ter atingida relevantemente uma das maiores estatais do país: a Petrobras. Sobre esta foram revelados grandes desvios de dinheiro, o que ocasionou uma desvalorização da empresa no mercado. Todos esses fatores conduziram o governo a adotar uma postura diferente na administração da estatal.

Essa nova postura consistiu, principalmente, em uma nova política de preços. Estes, a partir de julho de 2017, passaram a oscilar diariamente seguindo as flutuações do câmbio no mercado internacional. Com isso, o valor dos combustíveis apresentaram um aumento anual aproximadamente 6 (seis) vezes maior no período de 2017/2018 do que o aumento médio dos últimos 9 (nove) anos. Enquanto a variação média anual entre os anos de 2008 e 2017 foi de R\$ 0,11 (onze centavos), a variação anual de 2017 a 2018 foi de R\$ 0,61 (sessenta e um centavos). Como é possível observar nos gráficos abaixo:



**Fonte:** ANP - Agência Nacional do Petróleo (2018)

Gráfico 02 - Variação de preço do Diesel mensal (2017/2018)



Fonte: ANP - Agência Nacional de Petróleo (2018)

A crescente alta no preço do diesel não foi acompanhada pela alta no preço do frete, colocando os caminhoneiros em uma difícil situação, pois tanto a margem de lucro de caminhoneiros autônomos, quanto das transportadoras foi consideravelmente reduzida. Isso aliado a um sentimento de repulsa a corrupção, culminou em um grande movimento dos caminhoneiros, que suspenderam suas atividades entre 21 de maio e 30 de maio de 2018, bloqueando diversos pontos nas rodovias do país.

A paralisação da atividade desses profissionais gerou fortes efeitos para a sociedade, que enfrentou desabastecimento de vários produtos que dependiam do transporte rodoviário. Além disso, os caminhoneiros que não haviam aderido à greve ficaram impedidos de passar pelos bloqueios, maximizando, desse modo, os efeitos da paralisação dos transportes.

### 3. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Segundo José Afonso da Silva “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade do homem”<sup>3</sup>, ou seja, a liberdade possui um conceito amplo que abarca a possibilidade de autodeterminação do ser humano em diferentes situações, a fim de alcançar a felicidade. Para isso, a Constituição de 1988 assegurou, no rol de direitos e garantias fundamentais, proteção a diferentes liberdades, derivadas do princípio uno da

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. A liberdade no mundo contemporâneo. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 103. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

liberdade. Dentre essas, estão a liberdade de manifestação e a liberdade de ir e vir, ambas basilares para a efetiva existência da democracia, pois calar e impedir a livre locomoção do povo não condiz com a alma e nem as vestes de um Estado Democrático de Direito.

O exercício das liberdades impõe ao Estado uma postura de abstenção, e por isso não deve ele adentrar na esfera de autodeterminação do indivíduo, há não ser em certos casos em que tais liberdades colidam com outros princípios fundamentais, nesses casos o Estado atua para manter a ordem e evitar supressões antidemocráticas de direitos, como, por exemplo, na colisão entre a liberdade de expressão da imprensa e a intimidade da pessoa.

Voltando-se para a liberdade de manifestação, aqui em tela, é evidente que ela abarca tanto a liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IV que dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e no art. 5º, IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; quanto a liberdade de reunião, disposta no art. 5º, XVI que apregoa que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

A liberdade de expressão confere ao indivíduo a possibilidade de expor suas opiniões, ideais, expressões artísticas, sem sofrer censura, conforme prevê a Constituição no art. 220, §1º e §2º sobre a impossibilidade de restrição legal dessa liberdade. Por essa garantia e proteção é que manifestação dos caminhoneiros teve bases legítimas, afinal expressavam a insatisfação com o alto preço do combustível e com a administração pública.

Além da liberdade de expressão, os caminhoneiros também usufruíram da liberdade de reunião, visto que se aglomeraram em vários lugares públicos coordenadamente, com vistas à consecução de um fim – pressionar o governo para reduzir o preço do diesel – de forma pacífica, ou seja, sem violência física e sem armas, não frustrando nenhuma outra reunião anterior. Cabe aqui um conceito de reunião dado por José Afonso da Silva que a entende como “qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideais ou de receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico”<sup>4</sup>.

A relação entre essas liberdades, de expressão e reunião, é traçada com clareza por Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires:

A livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia da liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma variante de ação estatal.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 264.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5.

Entretanto, apesar da amplitude do exercício do direito de reunião, os lugares públicos nos quais os caminhoneiros se reuniam geravam uma situação que obstava o exercício de direitos de outras pessoas, como é o caso das rodovias onde a passagem de pedestres e veículos automotores era por eles bloqueada. Nesse caso, houve a ocupação de um local público de fundamental importância para a sociedade como um todo, pois reunir-se durante um, dois, três ou até mais dias em uma praça pública, por exemplo, não é o mesmo e não provoca os mesmos efeitos do que permanecer tal tempo reunido e bloqueando a passagem em uma rodovia. Ademais, os bloqueios de rodovias feitos pelos caminhoneiros não eram previamente comunicados a autoridade competente, da forma como prescreve o final do art. 5º, XVI. E, além da falta de aviso, os bloqueios, realizados em diversos Estados, não tinham uma delimitação espacial especificada, podendo constituir-se de alguns poucos manifestantes e um curto trecho, até longas filas de caminhões.

Evidencia-se do exposto uma clara colisão entre o exercício da liberdade de manifestação e a liberdade de ir e vir, ambas fundamentais para a existência real de um Estado Democrático de Direito, mas que durante a “greve dos caminhoneiros” colidiram. Essa oposição chegou ao judiciário e foram dadas decisões divergentes pela justiça federal dos Estados, algumas no sentido de desobstruir os bloqueios nas rodovias e outras no de deixar que permanecessem. Em função dessas posturas, foi proposta no Supremo Tribunal Federal (STF) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo como requerente o Presidente da República.

Na Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 519/ Distrito Federal, datada de 25 de maio de 2018, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, decidiu:

(a) AUTORIZO que sejam tomadas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, ao resguardo da ordem no entorno e, principalmente, à segurança dos pedestres, motoristas, passageiros e dos próprios participantes do movimento que porventura venham a se posicionar em locais inapropriados nas rodovias do país; bem como, para impedir, inclusive nos acostamentos, a ocupação, a obstrução ou a imposição de dificuldade à passagem de veículos em quaisquer trechos das rodovias; ou o desfazimento de tais providências, quando já concretizadas, garantindo-se, assim, a trafegabilidade; inclusive com auxílio, se entenderem imprescindível, das forças de segurança pública, conforme pleiteado (Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares e Força Nacional).

(b) DEFIRO a aplicação das multas pleiteadas, a partir da concessão da presente decisão, e em relação ao item (iv.b) da petição inicial, estabeleço responsabilidade solidária entre os manifestantes/condutores dos veículos e seu proprietários, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

(c) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que, ao obstarem os pleitos possessórios formulados pela União, impedem a livre circulação de veículos automotores nas rodovias federais e estaduais ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos;

(d) SUSPENDO os efeitos das decisões judiciais que impedem a imediata reintegração de posse das rodovias federais e estaduais ocupadas em todo o território nacional, inclusive nos respectivos acostamentos.<sup>6</sup>

---

ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 486.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 519 –Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito

Tal decisão teve extensa fundamentação, a qual apontou para a questão de que o exercício da liberdade de manifestação, que congrega a liberdade de expressão e reunião, não pode se dar de forma absoluta e assim obstar a prática de outros direitos fundamentais, como, no caso, a liberdade de ir e vir. Por isso é necessário, para evitar males à sociedade e desarmonia na ordem pública, o exercício razoável do direito de manifestação de forma que não prejudique consideravelmente funções essenciais da sociedade. Considerando, então, a razoabilidade do exercício da liberdade de manifestação, o bloqueio de rodovias é entendido pelo Relator, Min. Alexandre de Moraes, como um abuso de direito, pois o ato impediu a liberdade de ir e vir dos cidadãos, além de ter ocasionado problemas de desabastecimento, prejudicando simultaneamente a ordem social e econômica<sup>7</sup>. Devido a todos esses problemas e a resistência dos caminhoneiros, fez-se necessária a aplicação de multas e possibilidade de requisição de força policial para o desbloqueio. Enfatiza-se que a decisão foi aos poucos ganhando efetividade, dado o grande número de bloqueios e a dispersão espacial destes pelo país.

Porém, cumpre-se salientar que a decisão proferida pelo Relator não é a primeira nesse sentido no país, alguns tribunais possuem julgados de casos semelhantes com fundamentação similar. Em acórdão proferido no dia 21 de novembro de 2006 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo cujo apelante é uma empresa responsável pela rodovia e o apelado é o Movimento União Brasil Caminhoneiro - tendo este ameaçado bloquear rodovia sobre a qual a empresa tem a posse e em consequência a incumbência de mantê-la em bom funcionamento e nos padrões de segurança - o Desembargador relator João Camillo de Almeida Prado Costa considerou adequada a limitação da liberdade de manifestação em relação à liberdade de ir e vir e assim decidiu:

POSSESSÓRIA - Interdito proibitório - Greve de caminhoneiros - Ameaça de obstrução e interdição de rodovias - Mandado proibitório liminar concedido - Sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito em virtude do fim do movimento grevista - Inadmissibilidade - Hipótese em que, no momento da propositura, estavam reunidas as condições da ação e preenchidos os requisitos legais necessários à propositura da demanda, não havendo se falar em feita superveniente de interesse de agir - Sentença de extinção afastada - Recurso provido para julgar procedente o pedido inicial.  
(...) Cumpre assinalar, por oportuno, que o exercício do direito de greve, por mais justo que possa ser o movimento paredista, não pode descambar para o abuso de direito, com a ofensa à esfera jurídica de terceiros, o que por certo se daria com o bloqueio ou a interdição de estradas, molestando assim a posse da concessionária do serviço público e restringindo o direito dos usuários da rodovia (...)<sup>8</sup>

Na mesma linha decisória seguiu o Desembargador Roberto Solimene, quando proferiu

---

Fundamental. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 25/04/2018. Data de Publicação: DJe nº 105/DF-27/04/2018.p. 04 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14907688&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20105%20-%2027/05/2018>>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

<sup>7</sup> Ibid., p. 01-03.

<sup>8</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.094.261-9. Décima Nona Câmara de Direito Privado. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. Data de julgamento: 21/11/2016 Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/jurisprudencia#acordaoExpandir/1402928>>. Acesso em: 21 de jun. 2018

acórdão na apelação interposta pela Concessionária Rodovias do Tietê S/A em face de José Aparecido Metelli de Matos, por obra da paralisação de rodovia por protesto contra o preço do pedágio:

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - Paralisação de rodovia - Abusivo exercício de manifestação contra cobrança de pedágios - Ofensa aos princípios da segurança pública e da liberdade de ir e vir - Procedência da ação - Multa diária pelo descumprimento da determinação de abster-se de realizar paralisações em rodovias concedidas à autora - Apelo provido.

(...) No entanto, nenhum princípio constitucional é absoluto. Não pode o apelado, a pretexto de exercer seu direito de livremente expressar seu pensamento, ofender outros princípios constitucionais, como o da segurança pública e o direito de ir e vir da coletividade. Ao paralisar integralmente um dos sentidos de rodovia de grande movimento, coloca em risco a segurança de seus usuários e os priva de seu direito de transitar livremente pela rodovia fechada (...).<sup>9</sup>

Esses posicionamentos que convergem com o do STF na “greve dos caminhoneiros” são maioria entre os julgados, no entanto também foi encontrado julgado em sentido diverso, permitindo o bloqueio de rodovias, nesta linha decidiu em 2011 o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Posse. Interdito proibitório ajuizado por concessionária de rodovia, visando à impedir a realização de manifestação pública com interrupção do tráfego. Requisitos do art. 932. Ameaça não verificada. Situação que constitui exercício regular de direito, não podendo ser enquadrada como ameaça de turbação da posse ou de esbulho. Caso, ademais, em que a liberdade de reunião deve prevalecer sobre o direito de locomoção, não vindo a atingir o seu núcleo essencial. Improcedência manifesta. Recurso a que se nega seguimento.<sup>10</sup>

A decisão teve como fundamento o fato do bloqueio ter sido previamente comunicado a autoridade competente, ter um tempo curto de duração estipulado, além de ter sido amplamente divulgada, permitindo que os usuários da via buscassem passagens alternativas e programassem suas atividades, conforme ministra o jurista Zulmar Fachin a respeito da liberdade de reunião:

No que tange à liberdade de reunião, a Constituição brasileira é eminentemente liberal. Permite sua livre realização, sem que haja a necessidade de autorização estatal. Condiciona, apenas, que os organizadores avisem, previamente, a autoridade competente que a reunião será realizada em determinado local e horário. O objetivo de tal aviso é garantir a realização da reunião e a incolumidade física dos participantes do evento.<sup>11</sup>

Sendo assim, permitiu que a liberdade de manifestação prevalecesse sobre a liberdade de ir e vir. Neste ponto é suscitada a discussão sobre a postura mais adequada diante dessas situações, a

<sup>9</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0009115-34.2010.8.26.0248. Sexta Câmara de Direito Privado Relator: Roberto Solimene. Data de Julgamento: 08/03/2012. DJe nº 1151–Data Publicação: 26/03/2012 Disponível em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=6&nuDiario=1151&cdCaderno=11&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

<sup>10</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70041427667. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Renato Alves da Silva. Data de Julgamento: 25/02/2011. Data de publicação: DJe nº 4.538 - 09/03/2011, pg. 64. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario\\_justica/dj\\_principal.php?tp=5&ed=4538&pag=5](http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=5&ed=4538&pag=5)>. Acesso em: 21 de jun. de 2018.

<sup>11</sup> FACHIN, Zulmar (Coord). A liberdade na Constituição de 1988. In: \_\_\_\_\_.Direitos Fundamentais e cidadania. São Paulo: Método, 2008, p. 297.

qual seja harmônica com a lei e com a democracia; para tanto, antes de adentrar na colisão de direitos em si é preciso compreender a dimensão que liberdade de ir e vir assume em tal situação.

#### **4. AS DIMENSÕES DA LIBERDADE DE IR E VIR**

Os direitos das liberdades ordinariamente definidos como os direitos de primeira geração, enfatizados com a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América, tornam-se objeto de estudo desta análise, ao passo que a colisão de direitos, aqui discutida, refere-se a uma colisão de liberdades. A liberdade de ir e vir positivada como um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso XV, pertence a esta dimensão, afinal, seu objeto é individual e subjetivo (assim como a liberdade de manifestação).

Esse direito de locomoção detém essa especificidade por exigir uma postura absenteísta do Estado, o qual deve “permitir” que cada indivíduo, pessoalmente, desloque-se por todo território nacional, conforme a grafia do artigo acima citado: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens”.

Porém, a discussão aqui travada perpassa a simples definição da liberdade de ir e vir como um direito de primeira geração, afinal, a situação fática da greve dos caminhoneiros acrescenta um caráter diferencial à aplicação dessa liberdade, o qual faz com que se possa classificá-la como um direito transindividual.

Como repercutido nos mais diversos meios de comunicação, as consequências da manifestação dos caminhoneiros foram inúmeras, indo desde um simples incômodo, até um grave lapso de abastecimento nas cidades – note-se que quando se diz manifestação, refere-se ao bloqueio das rodovias. Por essa razão a liberdade aqui discutida ultrapassa o campo da individualidade do ser humano e atinge a coletividade, uma vez que seus efeitos refletem sobre toda a sociedade.

Portanto, à medida que as manifestações ocasionam o impedimento de circulação nas rodovias, a falta de combustíveis e, por conseguinte paralisação no funcionamento dos ônibus, suspensão de aulas em todas as esferas, cancelamento de voos, desabastecimentos de mercados, postos de saúde e hospitais, a situação passa a apresentar, além de um caráter individual e pessoal de restrição de direito, um aspecto de prejuízo social tão relevante que torna impossível não considerar que a titularidade da liberdade em questão muda. Conforme esclarece perfeitamente o seguinte trecho:

Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, segurança, meio ambiente, saúde, dentre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo

cidadão.<sup>12</sup>

E completa o autor Marcelo Henrique Matos Oliveira:

O que caracteriza os direitos transindividuais não é apenas o fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica, mas também pela necessidade de substituir o acesso individual à justiça por um acesso coletivo, solucionando o conflito adequadamente e evitando insegurança jurídica.<sup>13</sup>

Ou seja, o que faz o direito de ir e vir, neste caso específico, um direito transindividual não é a igualdade da relação fática de seus titulares (todos os cidadãos), mas sim a necessidade de uma solução adequada para o conflito, a qual repercutirá por todos eles. Melhor exemplificando, é inseguro juridicamente que os titulares do direito de ir e vir proponham demandas sobre a mesma situação fática em diferentes juízos, individualmente, de forma a possibilitar sentenças distintas que produzam dois efeitos para um único bloqueio.

Logo, a indivisibilidade em relação ao objeto e a indeterminação da titularidade são os fatores que permitem esse trabalho mudar a dimensão do direito de ir e vir de primeira para terceira (conforme apresentado e apenas para esta circunstância em particular), além de determinar, a partir disso, que a colisão das liberdades apresenta o choque entre o interesse da classe dos caminhoneiros (liberdade de manifestação) e da sociedade como um todo (liberdade de ir e vir).

## 5. COLISÃO DE DIREITOS

O estudo dos direitos fundamentais ganha relevância quando se depara com a necessidade de limitá-los no mundo real, principalmente no caso em questão no qual diferentes formas de um bem jurídico – a liberdade – se chocam. Sobre isso, esclarece Dimoulis e Martins:

Tem-se um problema, isto é, uma situação de tensão (...) a partir do momento em que se constata um choque de interesses entre indivíduos ou grupos que desejam ou estão tendo, ao mesmo tempo, condutas que são mutuamente exclusivas por razões fáticas: ninguém pode circular livremente nas ruas onde se realiza uma manifestação.<sup>14</sup>

Da colisão entre liberdade de manifestação e liberdade de ir e vir nasce a necessidade de uma intervenção estatal jurisdicional, justificada pela dificuldade de estabelecer um equilíbrio entre eles. Partindo desse quadro, é importante conceber que “há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculariza, afeta ou

---

<sup>12</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p. 4. apud OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Nº 02, agosto 2011. Disponível em <[http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#\\_ftn10](http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#_ftn10)>. Acesso em: 24 de jun. de 2018

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Nº 02, agosto 2011. Disponível em <[http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#\\_ftn10](http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#_ftn10)>. Acesso em: 24 de jun. de 2018

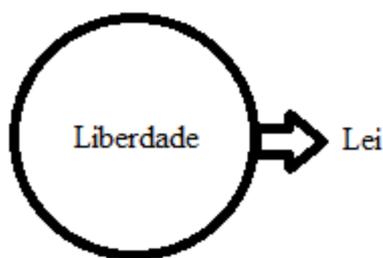
<sup>14</sup> DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141 – 142.

restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”<sup>15</sup>, sendo o Poder Judiciário responsável por dar uma solução para a questão, ressalta-se que tal solução deve necessariamente ser fundamentada, pois assim exige um Estado Democrático de Direito.

Adentrando na questão da colisão de liberdades, ponto chave da análise, encontrou-se uma dificuldade considerável em apontar uma única solução para essa problemática. Afinal é possível observar um padrão de fundamentação razoável tanto nas decisões majoritárias, quanto nas divergentes. Logo, a colisão das liberdades denominadas negativas por Norberto Bobbio, ou seja, aquelas que determinam a “possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado”<sup>16</sup>, pode apresentar três hipóteses solucionadoras: a) Por meio da prescrição legal; b) Por meio da razoabilidade; e c) Por meio da prevalência de uma liberdade.

a) Por meio da prescrição legal:

Para explicar essa conjectura recorre-se à definição de liberdade dada por o filósofo Montesquieu: “o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder”<sup>17</sup>; e reforçada pela Constituição portuguesa de 1822: “A faculdade que compete a cada um de fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto que a conservação dessa liberdade depende da exata observância das leis”. Explica-se: Ao imaginar a liberdade como uma esfera, o seu interior representaria as possibilidades do indivíduo de agir livremente conforme sua autodeterminação; enquanto o seu contorno seria o limite legal para essa atuação. O brilhantismo dessa teoria está no fato de evidenciar que a liberdade só existe e subsiste por conta desse limite legal, afinal, o respeito à lei é que possibilita ao ser humano usufruir da liberdade.



Portanto, a solução para o exemplo prático da situação fática em questão, de acordo com essa hipótese, encontra-se no artigo 253 da Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 (Código

<sup>15</sup> DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.170 apud STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 2002, p. 48.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

Nacional de Trânsito) que dispõe:

Art. 253. Bloquear a via com veículo:  
Infração - gravíssima;  
Penalidade - multa e apreensão do veículo;  
Medida administrativa - remoção do veículo.

Art. 253-A. Usar qualquer veículo para, deliberadamente, interromper, restringir ou perturbar a circulação na via sem autorização do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre ela: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
Penalidade - multa (vinte vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
Medida administrativa - remoção do veículo. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
§ 1º Aplica-se a multa agravada em 60 (sessenta) vezes aos organizadores da conduta prevista no caput. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
§ 2º Aplica-se em dobro a multa em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)  
§ 3º As penalidades são aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas que incorram na infração, devendo a autoridade com circunscrição sobre a via restabelecer de imediato, se possível, as condições de normalidade para a circulação na via. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)<sup>18</sup>

Isto é, durante a intitulada “greve dos caminhoneiros” chocarem-se duas esferas, a da liberdade de manifestação e a da liberdade de ir e vir. Ao passo que o limite de atuação de ambas é restrito pela legislação, a qual define ser proibida a obstrução de vias de modo a restringir a circulação de pessoas ou veículos, a resposta à colisão é proibir tal manifestação em forma de bloqueio e liberar a passagem.

b) Por meio da razoabilidade:

Esta hipótese trabalha a possibilidade de preservação simultânea de ambas as liberdades, nesse sentido foi proferido um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que assim decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERDITO PROIBITÓRIO - Manifestação promovida pela ""Comissão contra o pedágio na Itatiba-Jundiaí"" - Decisão que deferiu em parte o pedido liminar, a fim de que o movimento programado fosse realizado apenas no acostamento, observadas as medidas de segurança, tais como isolamento do local e prévia sinalização na pista - Razoabilidade do decisor, que identificou a necessidade de se proteger dois direitos constitucionais: a possibilidade de reunião, em locais abertos ao público, independentemente de autorização e o direito de ""ir e vir"" de todo cidadão - Inteligência do artigo 5.º, incisos XV e XVI, da Constituição Federal. ASTREINTES - O juízo a quo fixou multa pelo descumprimento da medida em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - Descabimento da majoração, ante o equilíbrio do arbitramento - Concessão em parte da liminar - Manutenção da decisão interlocutória impugnada - Recurso não provido.<sup>19</sup>

Depreende-se do exposto pela jurisprudência acima que é possível o uso da razoabilidade, característica do Estado Democrático de Direito, para a solução de colisão. Afinal, acima do respeito à legislação especial, está o respeito ao preceito fundamental da liberdade de manifestação,

<sup>18</sup> ANGHER, Anne Joyce (Org.). Vade mecum acadêmico de direito Rideel. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 625

<sup>19</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0023906-39.2011.8.26.0000. Décima segunda Câmara de Direito Público. Relator: Osvaldo de Oliveira. Data de julgamento: 30/03/2011. Data da publicação: DJE nº959 - 25/06/2011. p. 1056. Disponível em: < <https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=5&nuDiario=959&cdCaderno=11&nuSeqpagina=1> >. Acesso em: 24 de jun. 2018

desde que pautado pela boa-fé. Ou seja, é possível obstruir o acostamento, mesmo que infringindo o art. 253, contanto que haja o aviso prévio - como demonstrado no agravo de instrumento do Tribunal do Rio Grande do Sul apresentada no item 03 - e que a segurança seja preservada com prévia sinalização da pista.

Em relação ao já mencionado agravo do item 03, cabe frisar que apesar do aviso prévio não houve razoabilidade na decisão, uma vez que foi permitido o bloqueio total da rodovia, posição esta que está em desacordo com a linha de pensamento que aqui se segue.

c) Por meio da prevalência de uma liberdade

Outra possibilidade vislumbrada no caso em análise é a de que ao colidirem a liberdade de manifestação e a de ir e vir, a ponderação entre elas, como seria natural da solução de uma colisão, não é admissível, pois o exercício de um direito por um grupo restrito de pessoas passa, com o bloqueio de rodovias, a impedir o exercício de outro direito fundamental de um número muito maior de cidadãos. Disso depreende-se que o bloqueio de rodovias é uma forma desvirtuada da liberdade de manifestação, é um abuso de direito, haja vista que a legítima manifestação dos caminhoneiros residia na suspensão de suas atividades, que por si só geraria - como o fez - impactos na ordem social e econômica, sendo o bloqueio utilizado apenas como um artifício acelerador e maximizador dos efeitos da paralisação.

Não se quer dizer com isso que grupos numericamente inferiores não possam se manifestar, tanto podem, como devem. Mas é preciso compreender que estando no gozo do direito fundamental de manifestação não é lícito negar que os não manifestantes tenham sua liberdade de ir e vir limitada, caso em que a circunscrição de uma liberdade é invadida por outra, tolhendo, desse modo, a capacidade de autodeterminação no âmbito do ir e vir.

## **CONCLUSÃO**

Procedendo a uma reflexão sobre essa questão dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual qualquer limitação ao exercício de direitos fundamentais mostra-se delicada, seríamos automaticamente levados a concluir, se guiados pelo senso comum, de que os caminhoneiros estavam corretamente no gozo de seu direito. No entanto, um breve olhar sobre a lei já desnuda outra possibilidade de entendimento, assim como a jurisprudência aponta para caminhos diversos.

Com a discussão apresentada conclui-se que cada caso possui suas peculiaridades e que toda colisão de direitos deve considerar as especificidades fáticas. A solução para a problemática não é óbvia, nem única, sendo que cada pequena informação possui extrema influência no desfecho de um quadro de colisão de princípios. Ao que se refere a “greve dos caminhoneiros” ocorrida no

mês de maio de 2018, considerando as circunstâncias específicas do momento, a solução dada pelo STF, tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes foi adequada a situação, da mesma forma que as demais jurisprudências aqui apresentadas souberam captar o diferencial de cada caso e decidir levando-o em consideração.

Entretanto, a não existência de uma regulamentação específica e a falta de uniformização dos julgados impede a construção de um entendimento claro sobre o assunto, sendo possível agir de maneiras diversas em situações parecidas a depender da interpretação de cada tribunal. Tal situação gera um estado de incerteza quanto as consequências que podem advir dos bloqueios de rodovias, por isso constata-se a necessidade do Poder Judiciário uniformizar o entendimento sobre os assunto, uma vez que, apesar do Código Nacional de Trânsito proibir, há julgados em sentido diverso, que revelam a necessidade de apontar se o bloqueio é ou não autorizado, e se é autorizado, quais as condições para que ele possa acontecer. Desse modo, oferecendo a resolução dos casos de maneira mais coerente e facilitando também o trabalho da polícia, que poderá agir com maior precisão em cada caso sem reprimir direitos, pois não haverá a necessidade de aguardar uma ordem judicial expressa que determine sua forma de agir no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

ANP. Agência Nacional Do Petróleo. Disponível em: <[http://anp.gov.br/preco/prc/Resumo\\_Mensal\\_Index.asp](http://anp.gov.br/preco/prc/Resumo_Mensal_Index.asp)>. Acesso em 20 de jun. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 519 – Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 25/04/2018. Data de Publicação: DJe nº 105/DF–27/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14907688&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20105%20-%2027/05/2018>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 2002.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FACHIN, Zulmar (Coord). *Direitos Fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Nº 02, agosto 2011. Disponível em:

<[http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#\\_ftn10](http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html#_ftn10)>. Acesso em: 24 de jun. de 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70041427667. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Renato Alves da Silva. Data de Julgamento: 25/02/2011. Data de publicação: DJe nº 4.538 - 09/03/2011, pg. 64. Disponível em:

<[http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario\\_justica/dj\\_principal.php?tp=5&ed=4538&pag=5](http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=5&ed=4538&pag=5)>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. A liberdade no mundo contemporâneo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 99 - 111. Disponível em:

<<http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf>>. Acesso em: 24 de jun. de 2018

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1.094.261-9. Décima Nona Câmara de Direito Privado. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. Data de julgamento: 21/11/2016

Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/jurisprudencia#acordaoExpandir/1402928>>. Acesso em: 21 de jun. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 0023906-39.2011.8.26.0000. Décima segunda Câmara de Direito Público. Relator: Osvaldo de Oliveira. Data de julgamento: 30/03/2011. Data da publicação: DJe nº959 - 25/06/2011. p. 1056. Disponível

em:<<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=5&nuDiario=959&cdCaderno=11&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 24 jun. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0009115-34.2010.8.26.0248. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Roberto Solimene. Data de Julgamento: 08/03/2012. DJe nº 1151–Data

Publicação: 26/03/2012 Disponível em:<<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=6&nuDiario=1151 &cdCaderno=11&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

# O TJ/SP E O CASO DA LAQUEADURA: OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL O DIREITO À SAÚDE, E A INTERFERÊNCIA JUDICIAL

Beatriz Casagrande FORTUNATO<sup>1</sup>

## RESUMO

Uma decisão de primeira instância determinou a realização do procedimento de esterilização compulsória em uma cidadã dependente química a pedido do Ministério Público no interior de São Paulo, eis que a corré sequer foi ouvida no processo e não se manifestou expressamente a favor da realização do procedimento. Então, coube ao Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecer as irregularidades processuais e constitucionais do processo, no entanto, a esterilização já havia sido realizada. Direitos fundamentais são a principal conquista da humanidade e são um aspecto essencial do Estado democrático de direito contemporâneo não podendo ser tolhidos diante do caso concreto em um processo judicial por aqueles que trabalham para defendê-los, isto é, o Poder Judiciário. Logo, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar as violações constitucionais ocorridas no caso da laqueadura julgado pelo TJ/SP, analisar a respeito de sua fundamentação no direito à saúde e pautar alguns limites a intervenção judicial nos direitos fundamentais, concluindo-se pelo equilíbrio e sopesamento de interesses, possibilidades e direitos principalmente de acordo com o previsto na Constituição Federal, mediante uma abordagem pelo método indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais – direito à saúde – esterilização compulsória – intervenção judicial

## ABSTRACT

A first instance decision determined a compulsory sterilization procedure in a drug addicted woman requested by Public Prosecutor in the interior of São Paulo state, but the woman wasn't heard and not even expressly agreed with the sterilization procedure. Then, it was up to the São Paulo Court of Justice recognize the procedural and constitutional irregularities, however the sterilization had already been done. Fundamental rights are the main achievement of humankind and an essential aspect of the democratic state of contemporary law and can not be stopped as concrete case in a judicial process by those who work to defend them, ie the Judiciary. Therefore, the present work has the objective of demonstrating the constitutional violations that occurred in the case of the trial judged by the São Paulo Court of Justice, to analyze about its rationale on the right to health and set some limits to judicial intervention on fundamental rights, concluding for the balance and consideration of interests, possibilities and rights, mainly accordingly with the established on the Federal Constitution, through an inductive approach.

**KEY WORDS:** fundamental rights – right to health – compulsory sterilization – judicial intervention

## 1- INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é visto como o mais confiável entre os três poderes nos últimos anos, isso porque ele apresenta resultados, através dele se concretizam vontades e direitos, que não

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) – Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Univem - Centro Universitário Eurípedes de Marília.

possuem atenção e sequer efetivação por parte dos Poderes Legislativo e/ou Executivo. Dessa forma, os juízes representam a alternativa para os brasileiros conseguirem justiça, conseguirem que os seus direitos insculpidos na Constituição sejam assegurados e efetivados.

Saliente-se que os magistrados são concursados, formados em Direito e com três anos de prática jurídica, não são eleitos pelo povo, embora suas determinações atinjam questões políticas, econômicas e sociais atribuídas aos outros poderes.

A seu turno, o ordenamento jurídico brasileiro é composto pela Constituição Federal, norma suprema a ser cumprida e efetivada, e demais normas, princípios e leis infraconstitucionais, os quais também devem ser cumpridos. Logo, o Poder Judiciário representa o cumprimento da Constituição na resolução dos conflitos que lhe são apresentados.

O juiz ao decidir se pauta na análise do caso concreto e sua adequação ou não ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a Constituição Federal. Pois bem, espera-se que essa análise esteja de acordo com a Carta Magna de 1988, seja razoável e equilibrada, o que não aconteceu no caso envolvendo a esterilização compulsória de uma cidadã no interior de São Paulo.

Por isso, o presente trabalho analisa o julgamento e o caso da esterilização compulsória pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com o intuito de verificar as violações constitucionais e processuais nele presentes, diante da importância dos direitos fundamentais e sob o aspecto do direito à saúde utilizado na argumentação dos autos, para estabelecer diretrizes no tocante aos limites da atuação e interferência judicial nos direitos fundamentais. Para tanto, o presente artigo realiza tal análise valendo-se do método indutivo, e das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e via internet.

## **2- O CASO**

Em 23 de maio de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o recurso de apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360, da Prefeitura Municipal de Mococa em uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, com o objetivo de compelir o Município a realizar procedimento de laqueadura tubária em uma cidadã, dado que a mesma é dependente química, já foi internada compulsoriamente, mas se recusou a continuar realizando o tratamento.

O Ministério Público alegou que a cidadã tem cinco filhos e está grávida, sendo que seus filhos já estiveram em casas de acolhimento e são colocados em risco, em razão das condições de sua mãe, que é vista preambulando pelas ruas em sinais de uso de álcool e drogas, e que ora aceita a realização do tratamento, ora o refutava. A fundamentação legal do *parquet* foi ancorada nos artigos 5º, caput, 23, inciso II, 196 e 198 da Constituição Federal, 2º, 6º e 7º, da Lei nº 8.080/90, e 1º, da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, online).

A sentença julgou procedente o pedido, condenando o Município para a realizar a laqueadura após o parto, sob pena de multa diária de mil reais, limitada a cem mil reais (BRASIL, online).

Assim, a seu turno, o Município recorreu argumentando a ilegitimidade do Ministério Público no caso em tela, que o Sistema Único de Saúde já possui tratamentos anticoncepcionais, inclusive a laqueadura, mas que estes são de escolha da mulher com base em seu planejamento familiar e direito à liberdade de escolha, os quais foram violados, bem assim, que a realização da laqueadura tubária é medida excepcional quando esgotados os outros tantos tratamentos disponíveis, razão pela qual o Poder Judiciário não pode ser um gestor dos recursos da saúde e assistência social, sob pena de violação à separação e independência dos poderes (BRASIL, online).

O relator, o desembargador Paulo Dimas Mascaretti, concluiu pela legitimidade do Ministério Público, pela inadmissão da esterilização compulsória, com base no artigo 10 da Lei nº 9.263/96<sup>2</sup> por se tratar de um “procedimento médico invasivo, que lesa a integridade física de forma irreversível”, considerou que não houve manifestação de vontade da cidadã, e que mesmo que a houvesse, esta dependeria de verificação de seu discernimento em razão do consumo de drogas e álcool, e ainda, se a cidadã estivesse incapacitada para exercer seus atos, o processo em questão não poderia existir, por não ter sido realizada a interdição. Por isso, o desembargador relator deu provimento ao recurso (BRASIL, online).

No segundo voto, realizado pelo segundo juiz Leonel Costa, este consignou que houve a inadequação da via processual eleita, ensejando, a carência da ação e o indeferimento da inicial, em razão de atuação ilegítima do MP. Eis que, ainda que se aceitasse que o pedido é lícito juridicamente, caso a esterilização compulsória fosse para proteger a vida e a saúde da mulher, a petição inicial não trouxe prova médica de sua imprescindibilidade ou urgência, pelo contrário,

---

<sup>2</sup> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997) I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. § 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. § 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia. § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei (BRASIL, online)

consta nos autos um ofício da Assistência Social demonstrando o desinteresse da mulher em realizar o procedimento (BRASIL, online).

Salientou-se no voto que, em nenhum momento, a mulher, corré nos autos, foi ouvida a respeito da laqueadura ou para análise de sua saúde mental.

Além disso, ressaltou-se que:

A esterilização compulsória eugênica postulada é vedada pelo Direito Brasileiro, pela Constituição da República e pelas Convenções Internacionais a que o Brasil aderiu.

(...)

A esterilização eugênica visa impedir a transmissão de doenças hereditárias, e tem por finalidade evitar prole inválida ou inútil, e também visa prevenir a reincidência de pessoas que cometeram crimes sexuais.

(...)

A esterilização pedida nos autos não é a de natalidade, pois não tem caráter geral e impessoal, mas considera as qualidades subjetivas da paciente de aspectos financeiros, social, educacional, e eventuais vícios, equiparando-se à castração dos anormais e criminosos, situação que não tem a permissão constitucional brasileira.

Em suma, trata-se de inadmissível preconceito social contra os menos favorecidos, uma vez que existem alternativas jurídicas disponíveis de assistência social e de orientação de planejamento familiar (BRASIL, online).

Desta feita, é possível constatar que o procedimento de esterilização compulsória e a condução do processo feriram direitos fundamentais da corré (dignidade, saúde, liberdade, integridade, e outros) e seus direitos processuais (ampla-defesa e contraditório), visto que ela não foi consultada em nenhum momento durante o trâmite dos autos em primeira instância. Logo, o presente caso está em total desconformidade com o disposto na Constituição de 1988 e é nulo ante o descumprimento dos preceitos processuais mais básicos e intangíveis que são a ampla-defesa e contraditório.

Ademais, sequer foi realizada pelo magistrado uma audiência com a corré, bem como não lhe foi nomeado curador especial, de maneira que, “Não houve, por parte do Juízo, propósito investigatório mínimo acerca da pertinência de pedidos tão graves tais quais os formulados pelo Ministério Público” (BRASIL, online).

O percurso processual também foi criticado, uma vez que a realização da laqueadura foi determinada de forma liminar, com estabelecimento de multa diária em caso de descumprimento, e embora a corré não tenha comparecido a consulta ginecológica, o Ministério Público solicitou a realização do procedimento, mesmo contra a vontade da corré. Via reflexa, o magistrado proferiu decisão intimando o prefeito municipal para a realização da cirurgia, sob pena de multa diária de mil reais, limitada a cem mil reais. Então, a cirurgia foi realizada em 14 de fevereiro de 2018 (BRASIL, online).

A conclusão do segundo voto foi pelo provimento do recurso, a fim de extinguir o processo com resolução de mérito apontando que: “Estamos diante de uma aberração teratológica inusitada,

louvando-se a intervenção serena e na defesa dos valores constitucionais e democráticos do Douto Procurador do Município que contestou a ação e interpôs recurso de apelação” (BRASIL, online).

Ou seja, o Tribunal de Justiça teve que aplicar valores, conceitos e princípios constitucionais básicos e fundamentais, para demonstrar a falibilidade do juiz de 1ª instância e do órgão ministerial, o qual atuou em desacordo com o artigo 127<sup>3</sup> da Constituição Federal.

No terceiro voto convergente, o juiz Bandeira Lins destacou que:

O que se pedia não era a recuperação da saúde de alguém; mas sim a imposição a terceiro da mutilação de uma capacidade corporal sua, e, subsidiariamente, a condenação de ente estatal resistente ao pleito a pagar multa caso não se desincumbisse de encontrar a paciente e coagi-la à cirurgia.

A aparente razoabilidade dos termos da inicial provinha da sutileza do elemento essencial que o pedido denunciava lhe faltar: poder-se-ia acolhe o pleito se a pessoa em questão estivesse a pedir, ela própria, pela cirurgia encontrando resistência do Município em proceder a tanto.

(...)

Trata-se de barreira indevassável: nesse território, se se quer assim definir a pessoa em sua presença física, a ordem jurídica não é soberana. Ela fixa deveres e impõe sanções para o respectivo descumprimento; mas o faz externamente ao corpo em casos extremos, privando-o de liberdade, mas jamais de sua integridade.

A ideia de que em nome de alguma lei se pudesse proceder de forma diversa implica despossuir a pessoa dela mesma: em semelhante perspectiva, a pessoa se coisifica; e longe de ser sujeito de direitos, passa a ser, como a propriedade sobre objetos externos, uma função social, que, mal desempenhada, dá azo à investidura de vontade alheia em domínio pleno sobre o corpo que fora da pessoa.

(...)

Destituídos da dignidade que a ordem jurídica lhes reconhece como intrínseca, corpos e livre arbítrio tornam-se materiais a ser empregados, conforme a utilidade que possuam, na produção de um organismo social, investido em poder sem limites e habilitado a substituir, pela inumanidade de seus desígnios, o solo, o ar e o horizonte do existir pessoal. E o reconhecimento da inviabilidade da presente ação promana da rejeição, pelo Direito, dessa desoladora perspectiva (BRASIL, online).

Sendo assim, o r. voto demonstra que o pedido não apenas se baseou em direito à saúde, porque o presente processo não almeja o mesmo, mas sim, a coisificação do ser humano, a modulação de um corpo que está em desajuste com o contexto social, econômico e político contemporâneo e que a ele não se adequava (após algumas tentativas de “ajuste”), razão pela qual se busca uma alternativa contrária a Constituição, a justiça e a humanidade para adequação deste corpo a sociedade, olvidando-se de que o corpo se trata de um sujeito de direitos.

Este é cenário de muitos processos no Brasil, a busca judicial pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais faz com que existam pleitos variados solicitando não só a concretização dos direitos, não ampla e ponderadamente analisados, bem como, na maioria das vezes, julgados procedentes em prol dos direitos requisitados pelo autor.

Nesse sentido, a ementa do presente caso:

---

<sup>3</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, online).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa "ad causam" delimitada na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade provido (TJSP; Apelação 1001521-57.2017.8.26.0360; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018).

Por conseguinte, uma lide não se qualifica apenas pela resistência a não realização do pedido do autor (da laqueadura), como nos autos em análise, ela envolve a aplicação de um ordenamento jurídico de forma equilibrada, racional e ponderada, pois envolve direitos processuais e fundamentais, de forma que é inadmissível que em um processo judicial sejam desrespeitados direitos constitucionais e processuais básicos e essenciais ao ser humano, razão pela qual é válido avaliar acerca da interferência judicial no tocante os direitos fundamentais, especialmente no direito à saúde.

### **3- APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos humanos compõem a história da humanidade, desde a luta dos homens por sua conquista e efetivação, vez que eles simbolizam o maior triunfo humano e a concretização da justiça. Seu referencial histórico acompanha o do constitucionalismo, ao passo que é na Constituição que eles habitam.

Nesse sentido, os “direitos fundamentais são aqueles previstos em uma determinada ordem constitucional, com objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões”, segundo Mônica Almeida Guimarães Serrano (2012, p. 12).

O ideal de justiça se relaciona aos direitos naturais, os quais são “inerentes ao homem”, pois derivam da condição humana, de modo que são anteriores ao Estado e não podem ser derogados por ele, são direitos abstratos e universais de todos, além de imprescritíveis e inalienáveis, não escampam da natureza humana (FIGUEIREDO, 2007, p. 20).

Outrossim, os direitos podem ser classificados em civis, políticos e sociais:

Os primeiros são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros. Os direitos civis obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial implicam, por seu lado, um comportamento ativo por

parte do Estado ao garantir aos cidadãos uma situação de certeza (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO 1998, p. 354).

Dessarte, os direitos fundamentais constituem o aparato mínimo de caracteres que classificam o homem como tal e possibilitam-no ter uma vida digna. Dessa forma, alguns direitos podem ser vislumbrados como intrínsecos ao homem, motivo pelo qual são denominados de naturais.

Bem assim, é possível que os direitos fundamentais sejam civis, ligados a pessoa do indivíduo, que pode exercê-lo livremente sem ferir os direitos do demais. Políticos são os direitos relacionados ao representação no Estado democrático, especialmente a cidadania e a autodeterminação dos povos. Os direitos civis envolvem a não proibição ou obstaculização de seu exercício pelo Estados. Finalmente, os direitos sociais são os que não pertencem apenas ao indivíduo, mas sim um grupo, exigindo ações positivas de concretização por parte do Estado.

Doutrinariamente, a diferenciação semântica entre direitos humanos e direitos fundamentais é que os direitos fundamentais são os direitos positivados nas constituições nacionais, enquanto os direitos humanos são os direitos imanentes ao homem, previstos em tratados, convenções, isto é, gestados no âmbito do direito internacional.

Assim, para Celso Lafer e em comunhão com o pensamento de Hannah Arendt (1997, p. 57): “O valor da pessoa humana como valor-fonte da ordem da vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos humanos. Estes foram, a partir do século XVIII, positivados em declarações constitucionais.”

Desse modo, ressalta-se que o homem como tal só pode ser concebido a partir dos direitos que o compõem, os quais se encontram previstos nacional e internacionalmente, além do que o conjunto de homens e mulheres, com direitos, que fundará e fundamentará a sociedade.

No tocante a história dos direitos humanos e fundamentais:

O elenco dos direitos humanos contemplados pelo Direito Positivo foi se alterando do século XVIII até os nossos dias. Assim caminhou-se historicamente dos direitos humanos de primeira geração – os direitos civis e políticos de garantia, de cunho individualista voltados para tutelar a diferença entre Estado e Sociedade e impedir a dissolução do indivíduo num todo coletivo – para os direitos de segunda geração – os direitos econômicos, sociais e culturais concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional. O processo de asserção histórica das duas gerações de direitos humanos, que são direitos de titularidade individual, foi inspirado pelos legados cosmopolita e universalista do liberalismo e do socialismo (LAFER, 1997, p. 57).

Então, os direitos humanos sempre compuseram o indivíduo, entretanto, seu reconhecimento tardou a se efetivar, dadas as divisões de classes sociais e econômicas que se estabeleceram na história da humanidade. Por essa razão, o reconhecimento de direitos ocorreu inicialmente pela positivação dos direitos individuais liberais, isto é, direitos civis e políticos que

garantiam a liberdade dos indivíduos, propugnando um não fazer por parte do Estado. Todavia, dada a insuficiência de apenas garantir liberdade a todos, era necessário assegurar a igualdade de direitos e deveres individualmente e coletivamente, eis que surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais demandando um fazer (ações positivas) por parte do Estado.

Ocorre que, após duas grandes guerras, o movimento constitucionalista de valorização de direitos (com a Constituição alemã de 1949, a francesa de 1958, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988) passou-se a conceber uma cultura constitucional social e dirigente, importando-se com a solidariedade, a fraternidade e a humanidade em seu sentido difuso, razão pela qual esboçam a terceira dimensão dos direitos fundamentais (SERRANO, 2012, p. 23).

Assim, os direitos de terceira geração são “ligados à proteção da própria coletividade, ao meio ambiente, aos direitos sociais ou econômicos (direitos coletivos ou difusos)” (SERRANO, 2012, p. 23).

Aliás, a principal característica dos direitos fundamentais é o objetivo de concretização da dignidade humana, motivo pelo qual ela é fundamento do Estado brasileiro. Assim, os direitos trazem consigo “a idéia de proteção e desenvolvimento da pessoa”, argumentam Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 36).

Logo, existem outras dimensões e classificações doutrinárias acerca dos direitos humanos e fundamentais que ante o curto espaço não convém serem retratadas, uma vez que essas três dimensões e/ou gerações são mais aceitas e de extrema relevância para este estudo. Isso porque, verifica-se os direitos fundamentais, conquistas humanas após muita luta e sofrimento, são os componentes mais básicos e essenciais de todos os seres humanos, e que, como previstos constitucionalmente, devem ser assegurados e respeitados, tanto como direitos do indivíduo, da coletividade, e direitos difusos que escapam as gerações presentes e a quantificação das pessoas.

A Constituição Brasileira de 1988 elencou inúmeros direitos e ainda atribuiu a dignidade da pessoa humana como fonte de valor e cerne de todos os direitos previstos e não previstos, dessa forma, deve o Estado brasileiro e todos que estejam no território nacional, além de possuí-los, trabalharem para garanti-los a si, aos outros e ao seu próximo.

#### **4- CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE**

Como o direito à saúde foi objeto de fundamentação específica no caso da laqueadura julgado pelo TJ/SP, é necessário haver uma delimitação e um esclarecimento a respeito do que ele significa e quais os seus limites, a fim de se analisar se os argumentos de saúde utilizados no processo condizem com o conteúdo do direito à saúde no direito brasileiro.

Constitucionalmente, o direito à saúde como um direito social: “é direito de todos e dever

do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, consoante o disposto no artigo 196 (BRASIL,online).

A saúde é definida, segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, como “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS/WHO, online).

Com efeito, o direito à saúde é fruto de uma conquista humana relacionada a manutenção da vida e por uma existência digna, não se tratando a saúde apenas da ausência de patologias, mas sim, do completo bem estar humano, ou seja, a garantia a todo ser humano de boas, adequadas e dignas condições de vida, tanto no tocante ao seu organismo, como fisicamente.

A saúde, juridicamente, deve ser entendida como: “o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 13).

Dessa maneira, a saúde implica no equilíbrio de bem-estar que compõem o indivíduo e a coletividade, e serve também para assegurar o desenvolvimento do bem-estar físico, psíquico e social.

O direito à saúde é entendido como um direito de defesa, uma vez que impede intervenções irregulares pelo Estado e/ou terceiros na vida do seu titular, mas também determina que o Estado realize políticas públicas para sua efetivação em favor da população, no tocante “a toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (SARLET, 2007, p. 8).

Destarte, o direito à saúde se relaciona a valores e direitos basilares, que constituem o ser humano como tal, de maneira a ensejar uma atuação positiva e proativa do Poder Público para sua concretização. Nesta esteira:

Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos na efetivação do direito à saúde. Com efeito, impõem a abstenção de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido, assim como a promoção e a consecução de medidas tendentes a efetivar esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas (FIGUEIREDO, 2007, p. 95).

A saúde envolve a integridade física, mental e emocional, o patrimônio genético e a manutenção da vida humana, razão pela qual o que se espera do titular de sua efetivação (Estado) são ações positivas e prestacionais, e não lesivas a este direito.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é a instituição que detém a atribuição constitucional de zelar e fornecer instrumentos garantidores do direito à saúde, de acordo com o artigo 200 da

Constituição Cidadã<sup>4</sup>. Por isso,

um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que à assistência à saúde deve atender a toda a população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, como comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. A Lei nº 8080/90, dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Este diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

Então, a Lei nº 8080/90 é chamada de Lei do SUS, pois foi ela que instituiu esse sistema, completo e complexo no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde estão a promoção, proteção e recuperação da saúde, dividido em competências a cada uma das três esferas de poder, a participação particular complementar e a gestão dos recursos financeiros de saúde. Além do que, o SUS detém como princípios a universalidade e a descentralização, ou seja, a assistência à saúde deverá ser proporcionada/ofertada a todos e cada esfera de poder detém sua participação na concretização da saúde.

Assim, com base no caso julgado em análise, a discussão a respeito de saúde e do direito à saúde como as boas condições para se exercer uma vida digna e de forma equilibrada, não apenas ligada a ausência de enfermidades, implica perceber que a cidadã na verdade não teve o seu direito à saúde respeitado, sequer a esterilização compulsória era uma forma de manutenção de uma vida digna que lhe garantisse bem-estar, na qual, pelo contrário, verifica-se a violação da integridade física, mental e corporal de alguém que não pôde decidir, sequer opinar sobre o que se passa com seu próprio corpo.

Ressalte-se que a estrutura do SUS, o qual lida com as questões de saúde, uma vez que existem inúmeros tratamentos e políticas públicas a disposição do cidadão, foi utilizada dado que a cidadã passou por núcleos de assistência social no tocante aos seus problemas com álcool e substâncias químicas. Não obstante, a existência das proibições legais a esterilização e sua disposição como a *ultima ratio* sequer foram consideradas na decisão tomada, utilizando-se uma medida totalmente invasiva e irreversível a alguém, que não foi ouvida a respeito de seu próprio

---

<sup>4</sup> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, online).

corpo.

Este trabalho não almeja enaltecer o Sistema Único de Saúde como uma instituição perfeita e cujo funcionamento atende todas as necessidades nacionais, o escopo, na verdade, é demonstrar que no caso em análise, a estrutura pública de saúde foi utilizada, não gerou os resultados esperados, de modo que, então, houve um desrespeito a toda uma legislação vigente para se atingir o resultado pretendido, isto é, a esterilização, sendo que este resultado não deveria sequer ser tomado como alternativa nos moldes do caso concreto e da legislação nacional.

A saúde como direito individual e social a garantir o desenvolvimento do bem-estar social, físico e psíquico individual e coletivo não pode ser utilizada como argumento e fundamento de uma intervenção em um corpo, sem avaliação médica, sem a opinião do titular, sob pena de se burlar não apenas do direito à saúde em si, pela falta de equilíbrio, mas também, estar-se-á burlando a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. E, principalmente, não pode o Poder Judiciário, apesar de ser falível pois composto de seres humanos, aviltar direitos fundamentais e a dignidade, permitindo tamanha arbitrariedade, quando sua atuação é pautada e procurada pela resolução de conflitos e a ponderação na garantia de direitos fundamentais.

## **5- OS LIMITES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL**

O Poder Judiciário é o que conta com a atribuição de resolver as lides, mas sempre primando pelos direitos fundamentais e pela ponderação em caso de conflito entre direitos e princípios.

Eis que, o Judiciário, ultimamente, possui uma confiabilidade maior das camadas sociais comparado aos outros poderes, nos quais a desconfiança da população brasileira é maior, alimentados inclusive pela mídia. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 16) defende ainda que até o legislador constituinte manifestou certa desconfiança nos outros poderes, instrumentalizando o Judiciário com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o mandado de injunção e outras questões de prazos e conteúdos presentes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as quais “demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário”.

Desta feita, o Poder Judiciário vem sendo extremamente acionado para a resolução de conflitos ou garantias de direitos que não se realizam ou são concretizados, o que originou dois fenômenos: a judicialização e o ativismo judicial.

Nesta esteira,

Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, *behaviorista*, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável, o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia (STRECK, 2015, p. 8).

Então, a judicialização é consequência da omissão dos poderes responsáveis em resolver, gerir ou normatizar determinadas situações e direitos, os quais, via reflexa, são levados ao Judiciário em busca de sua garantia, o que pode levar a interferência em políticas públicas e ações governamentais e/ou legislativas. Por sua vez, o ativismo judicial é a visão singular e individual do juiz colocada em prática no processo, podendo até escapar dispositivos legais a respeito.

Bem por isso, o caso em análise funciona mais como um exemplo de ativismo judicial, com fortes influências das solicitações do Ministério Público, porém que se originou a partir da judicialização de direitos fundamentais, como o direito à saúde, um dos fundamentos do processo. Até porque, as determinações judiciais e decisões de primeira instância descumprem as regulamentações da Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), em favor da esterilização compulsória, além é claro do descumprimento da ampla-defesa e do contraditório, garantias processuais indispensáveis.

Cumpra assinalar que os direitos fundamentais demandam sua garantia e a efetivação pelo Estado, consoante o disposto na Constituição, de forma que alguns direitos necessitam da elaboração de políticas públicas, cujo núcleo central é assegurar o mínimo existencial, o qual “é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado” (GRINOVER, 2010, p. 18).

Ainda, a respeito do mínimo existencial, este “refere-se a uma série de prestações sociais capazes de assegurar uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo vital, ou o suficiente à sobrevivência pessoal. Dentre essas, certamente estão incluídas as prestações mínimas em saúde” (FIGUEIREDO, 2007, p. 194).

Assim, o mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, inclusive no tocante aos direitos sociais, tal qual o direito à saúde, não é apenas uma condição de sobrevivência ou sobrevivida do indivíduo, mas sim prestações positivas, ou seja, políticas públicas relacionada a garantia e efetivação da dignidade humana. E, no caso de uma situação que envolva direitos fundamentais levada ao Judiciário, a apreciação no tocante a garantia do mínimo existencial e as políticas públicas para sua garantia é imprescindível, da mesma forma como é necessário sopesar a respeito do que é o mínimo com base as informações do caso concreto e a realidade social, econômica e política nacional.

Nesse sentido, no processo da laqueadura, em primeira instância, verifica-se que não houve

essa análise, pois para combater o vício das substâncias químicas e o álcool a cidadã participou dos programas governamentais, e ela também obteve ajuda e contato especializado acerca da realização ou não do procedimento de laqueadura, ao qual ela expressamente não aderiu, e conforme se percebe da análise no Tribunal, ela deu maiores indícios de posicionar-se contra a realização do procedimento do que a favor dele.

Para Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 18-19) é o mínimo existencial que autoriza a intervenção judicial nas políticas públicas a ponto de corrigi-las ou implementá-las, contanto que haja razoabilidade, a qual “mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.

Dessarte,

O princípio da proporcionalidade é aquele que busca o equilíbrio entre os meios utilizados e a finalidade pretendida, de forma que a atividade interpretativa deve sempre se pautar pelo bem comum da sociedade, realizando-se a interpretação que resultar em menor potencial oneroso, além de servir para conter abusos e arbitrariedades (SERRANO, 2012, p. 40).

Por conseguinte, a missão judicial nos casos envolvendo direitos fundamentais implica na verificação acerca da garantia do mínimo existencial, conseqüentemente, de condições de vida dignas a partir do cenário social, político e econômico brasileiro, de modo que a interferência em políticas públicas de garantia de tais direitos seja para sua correção ou instituição implica em uma análise de razoabilidade e proporcionalidade, isto é, a harmonização e o equilíbrio entre os meios a disposição e as possibilidades e o que se busca alcançar ou as finalidades pretendidas.

A judicialização conduz a atuação e intervenção judicial das políticas públicas envolvendo direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde como no caso em análise, de modo que apesar dos inúmeros pleitos pela concretização dos direitos, cabe ao Poder Judiciário analisar e verificar a existência desse direito no caso concreto, se ele é assegurado minimamente a partir de ações positivas do Estado (políticas públicas), e se essas ações funcionam ou não, demandando sua interferência de forma equilibrada, razoável e proporcional entre o que se pode realizar para garantir determinado direito (se ele se afigurar no caso concreto e não estiver sendo concretizado), aprimorando e melhorando tal ação governamental e o qual sua finalidade no sistema jurídico, político, social e econômico brasileiro.

Com efeito, a análise de proporcionalidade abarca também o bem comum da sociedade, a medida menos onerosa e o combate a arbitrariedades e abusos. Nesse aspecto, a esterilização além de não poder ter sido cogitada como alternativa para solução dos problemas da cidadã, não consiste em uma medida para o bem comum, porque é totalmente rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio, não foi a medida menos onerosa, e consistiu em uma arbitrariedade, tanto ao ser proposta,

como ao ser concedida.

A realização de políticas públicas e o cumprimento das sentenças judiciais depende do orçamento público, de modo que um dos entraves para a efetivação de políticas públicas e direitos fundamentais é o argumento da reserva do possível.

A reserva do possível significa a disponibilidade financeira para a realização de uma política pública, segundo Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 24), ou então, pode entendida como “a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos”, consoante Mariana Figueiredo (2007, p. 131-132).

Por conseguinte, a reserva do possível é utilizada como argumento para a não efetivação de forma total e ampla dos direitos fundamentais e sociais, vez que o Poder Público não pode comprometer toda a sua capacidade financeira, deve guardar uma parte para investimentos e gastos futuros.

Além disso, adverte Patrícia Werner (2008, p. 107) que: “Existe um direito à saúde a ser exigido aqui e agora, diante da realidade social e econômica vigente, e existe, simultaneamente, um processo de aperfeiçoamento e construção de suas diretrizes”.

Destarte, além dos juízos de sopesamento no tocante a proporcionalidade e razoabilidade dos direitos envolvidos no caso concreto e das políticas públicas, o magistrado deve perceber que sua atuação e aquele caso fazem parte de todo um sistema jurídico, político, social e econômico, com o qual deve haver harmonia, o que não impede o desenvolvimento de políticas públicas e do sistema de saúde após o caso.

Ainda,

O Poder Judiciário deve estar comprometido com a realização de um projeto do povo brasileiro e de cunho coletivo. Para tanto é importante que suas decisões defendam os princípios basilares do Sistema Único de Saúde, ajudando a manter as bases do projeto construído e agindo pontual e conscientemente nos casos onde for detectada a omissão (WERNER, 2008, p. 128-129).

Logo, o papel do Judiciário não é apenas de implementar e reconhecer direitos, mas também de promover a legislação aplicável, e efetivando seus ditames, de modo que tal promoção implica, nos casos de saúde, no respeito e na defesa dos próprios princípios do Sistema Único de Saúde, bem assim a fundamentação de acordo com o que estabelece a Lei do SUS, o que poderia culminar num aprimoramento de suas normas e em sua concretização.

Não obstante a observância dos princípios e da própria Lei que regem o Sistema Único de Saúde, é preciso também valorizar, cumprir e efetivar os ditames da Constituição Federal brasileira.

A Constituição é o *alfa* e o *ômega* da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. Uma ofensa à Constituição por parte do Poder

Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda (STRECK, 2015, p. 4).

O Poder Judiciário além de contar com mais confiabilidade popular que os outros poderes, detém como uma de suas atribuições a guarda da Constituição, a qual se por ele for desrespeitada implica em prejuízos muito maiores ao próprio sistema jurídico brasileiro do que o aviltamento a Constituição por parte dos poderes Legislativo e Executivo. Guardar a Constituição significa cumpri-la, defende-la, e efetiva-la.

É possível perceber que no caso da laqueadura a guarda da Constituição apenas se deu na decisão em segunda instância, vez que em primeira, direitos processuais e fundamentais foram tolhidos em prol da coisificação de um corpo e sua adequação a realidade social, política e econômica almejada e defendida. Este caso não apenas feriu o corpo de uma cidadã, feriu e interferiu na vida de uma família, nos ditames, princípios, garantias, valores e fundamentos constitucionais, e ainda, feriu o estado democrático de direito brasileiro.

## **6- CONCLUSÕES**

Os direitos fundamentais são o cerne da Constituição de 1988, e a partir de sua positivação foi transmitida ao Poder Público a função de sua garantia e efetivação, ao passo que o Poder Judiciário é o responsável pela resolução dos conflitos e pela guarda da Carta Magna.

Ultimamente, nota-se uma maior protagonismo do Poder Judiciário no cenário nacional, diante da constatação da ineficiência dos outros poderes na efetivação dos direitos fundamentais e os escândalos de corrupção que assolam o país. Consequentemente, há uma maior procura ao Judiciário para efetivação de direitos, fenômeno este chamado de judicialização, que pode gerar o ativismo judicial, ou seja, a externalização da visão pessoal do juiz posta em prática no processo.

O direito à saúde é um dos principais direitos a serem judicializados, e ele serviu como um dos argumentos no processo pleiteando a esterilização compulsória de um cidadã no interior do estado de São Paulo, movido pelo Ministério Público, o qual obteve sentença favorável, o procedimento foi realizado, apenas sendo revertido no Tribunal de Justiça, no qual foram constatadas violações a direitos fundamentais, a dignidade humana e a direitos processuais.

Portanto, em um contexto de alta procura do Judiciário para a efetivação de direitos, o que se espera do magistrado é um equilíbrio, uma harmonização entre o mínimo existencial, as políticas públicas existentes, as possibilidades e as finalidades para a efetivação do direito, e a observação ao orçamento público, diante do contexto social, político e econômico vivenciado pelo país. O que se espera do Judiciário é o cumprimento, a guarda e a efetivação da Constituição de forma razoável e proporcional, jamais aviltando direitos fundamentais e a dignidade humana como ocorreu.

## 7- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1, 11. ed., Brasília: Editora UnB, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. *LEI Nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Jurisprudência*. Disponível em: <  
[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11493079&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_5c7fca72f64a4a5083a34540e4a18eb7&v1Captcha=WysX&novoVICaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11493079&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_5c7fca72f64a4a5083a34540e4a18eb7&v1Captcha=WysX&novoVICaptcha=>)>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407>>. Acesso em: 10 julho 2018.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em:  
<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969&gt;>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2018.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos avançados*, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340141997000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141997000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 04 de abril 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas do Estado Constitucional: entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. LAZARI, Rafael; BERNARDI, Renato. *Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 3-18.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 92-131, julho de 2008. Disponível em: <<https://www.journals.usp.br/rdisan/article/view/13119>>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

# O DIREITO À EDUCAÇÃO NA BASE NACIONAL COMUM CURRICULAR (BNCC) E A ABSTRAÇÃO DA DIFERENÇA: AFERIÇÃO SOBRE SUA (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL

Andreia Garcia MARTIN<sup>1</sup>  
Renan Dias ALVES

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 outorgou ao direito à educação a condição de direito fundamental, consignando dentre suas funções a de proporcionar, por sua prestação pelo Estado, o pleno desenvolvimento da pessoa, sendo este traduzido pela ideia de formar para o mercado de trabalho, bem como de preparar cidadãos para conviver em sociedade. Contudo, em razão do advento da Base Nacional Comum Curricular conjecturamos que o perfil adotado foi descaracterizado por esta regulamentação, torna-o incompatível com a Carta. Portanto, por meio da utilização de instrumentos democrático de boa governança corroboramos entendimento de seria possível implementar políticas públicas educacionais que fomentassem o reconhecimento e o respeito à diferença e corrigissem as incongruências da BNCC. Pois, ao se ter excluído da prestação do direito à educação questões de grande relevância para a pluralidade humana olvidou-se das diferenças que decorrem da natureza humana, fomentando-se a intolerância, o ódio e a discriminação com o diferente. O método de raciocínio utilizado será o dialético, e o tipo de pesquisa a bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à educação. Pleno Desenvolvimento. Gestão Democrática na Educação. Reconhecimento da Diferença. Instrumentos Democráticos para implementação de políticas públicas.

## ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 granted to the right to education the condition of fundamental right, assigning among its functions to provide, for its provision by the State, the full development of the person, which is translated by the idea of training for the labor market, as well as preparing citizens to live in society. However, due to the advent of the National Curricular Common Base, we conjecture that the adopted profile has been decharacterized by this regulation, making it incompatible with the Charter. Therefore, through the use of democratic instruments of good governance, we corroborate the understanding that it would be possible to implement public educational policies that would promote recognition and respect for difference and correct BNCC inconsistencies. For, by excluding from the provision of the right to education matters of great relevance to human plurality, we have forgotten the differences that arise from human nature, fomenting intolerance, hatred and discrimination with the different. The method of reasoning used will be the dialectical one, and the type of bibliographical research.

**KEY WORDS:** Right to education. Full Development. Democratic Management in Education. Recognition of Difference. Democratic Instruments for the implementation of public policies.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestre em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo - sob o n. 216.485. Atualmente cursa Especialização em Educação e Tecnologias pela UFSCar (Gestão e Docência em Educação a Distância). Tem experiência na área do Direito, dentre suas subáreas possui conhecimentos e desenvolvimentos em: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Inclusão Social de Minorias e Grupos Vulneráveis, em especial as pessoas com Deficiência. Tem experiência acadêmica-profissional em gestão de educação superior, tutoria em educação a distância e docência do ensino superior. Atualmente é Professora do Instituto Municipal de Educação Superior (IMES-FAFICA) de Catanduva/SP e da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Frutal.

## INTRODUÇÃO

O advento do Estado de Direito, no século XVIII, foi o precursor da positivação dos direitos fundamentais no mundo, que fundado na limitação do poder e previstos em uma Constituição, foram, no decorrer dos séculos, ganhando maior força.

Inicialmente, como Direito fundamental de primeira geração, podemos destacar os que versaram sobre as liberdades individuais, sem a interferência do Estado nas liberdades pessoais de cada indivíduo, eram os direitos relativos às liberdades públicas, direitos políticos, ou seja, os direitos civis e políticos

Os Direitos fundamentais de segunda geração a amplitude evolui para o campo social, como marco histórico de tal dimensão de Direitos a Revolução Industrial (séc. XIX), na Europa em um contexto geral. Desta forma, buscaram na coletividade as garantias necessárias e a luta por sua sobrevivência, em um mundo predominantemente capitalista, em que o lucro pelo lucro era o brocardo carregado pelos burgueses e a visão humanitária ficava em segundo plano, eis a importância de tal geração. Assim, podemos destacar os Direitos sociais, culturais e econômicos como os direitos coletivos correspondido à época<sup>2</sup>.

O direito à educação é direito nitidamente caracterizado como direito social. Entretanto, sua previsão na Constituição Federal de 1988 lhe outorgou *status* nunca antes alcançado, no que tange a tutela do Estado, que detém o dever de prestá-lo e de garantir sua realização, bem como quando ao aspecto igualitário de acesso e de reflexão ao pleno desenvolvimento da pessoa.

Neste sentido, a presente pesquisa visa, analisando a regulamentação infraconstitucional do direito fundamental à educação verificar o distanciamento do educando com as ciências construtoras de um pensamento crítico e racional ao restringir o acesso em grades pautadas na uniformização de conteúdos disciplinares pelo território nacional, sem se analisar a heterogeneidade cultural e as desigualdades sociais inerentes ao nosso país. Assim, vislumbramos o tolhimento de forma indireta aos usuários do sistema educacional do amplo acesso a tal direito, previsto no artigo 205 da Constituição Federal, em face do prejuízo que será experimentado no desenvolvimento dos estudantes.

Além disso, pela limitação de conteúdo a que foi incorporada à Base Nacional Comum Curricular, não se garante um pleno acesso ao saber, sem uma efetiva introdução do estudante à sociedade com plena aptidão para integrarem verdadeiramente a sociedade como cidadãos atuantes

---

<sup>2</sup> Em se tratando de documentos históricos referentes à segunda geração temos a Constituição mexicana (1917), Constituição Alemã da República de Weimar (1919), Tratado de Versalhes (1919) e a Constituição brasileira de 1934.

e informados sobre questões políticas e sociais, havendo dessa forma uma perpetuação de ensinamentos engendrados em dogmas de ensino.

No que tange a interferência estatal na liberdade de ensino, doutrinando as formas de manifestações em sala de aula, sem que haja uma ampla discussão acerca de problemas sociais, isso cerceia o amplo acesso ao ensino previsto em nossa Carta Política.

Portanto, para haver na vigência de uma lei o seu intuito agregador, tal ordenamento deve coadunar com a realidade social a que se institui, com o respaldo entre família e escola, ao passo que com a gradação de múltiplos fatores como o acompanhamento constante e com profissionais constantemente aperfeiçoados é que nossa educação apresentará uma efetiva evolução, todavia a imposição de uma norma sem a disposição de meios que efetivem um acréscimo pedagógico não surtirá reais efeitos no cenário nacional.

Pretendemos assim, conjecturar uma solução palpável para a problemática, que pode ser visualizada na incompatibilidade da implementação da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) às previsões constitucionais fundadas especialmente no direito à educação. Portanto, defendemos a concepção de que por se tratar de direito fundamental que todos fazem jus, no exercício da boa governança, o Estado deveria ater-se à gestão democrática das políticas públicas educacionais, especialmente se utilizando de dois instrumentos que permitiram a plena participação popular na elaboração das políticas deste segmento, quais sejam: as Audiências públicas e os Conselhos de Políticas Públicas, vez que ambos teriam condições de, ao se ouvir o Outro, promover a igualdade de oportunidades e o reconhecimento da diferença.

A presente pesquisa utilizou-se como método o tipo de raciocínio será o dialético, e o tipo de pesquisa a bibliográfica.

## **1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

O direito fundamental à educação possui previsão constitucional desde a Constituição outorgada de 1824 que estabeleceu entre os direitos civis e políticos a gratuidade da instrução primária para todos aqueles considerados cidadãos e previu a criação de colégios e universidades, na Constituição promulgada de 1891 preocupou-se em discriminar a competência legislativa da União e dos Estados em matéria educacional.

Posteriormente, na Constituição de 1934 estabelece a competência legislativa da União para traçar diretrizes da educação nacional, além de apresentar dispositivos que organizam a educação nacional, mediante previsão e especificação de linhas gerais de um plano nacional de educação, na Constituição de 1937 não se registra, em seguida na Constituição do de 1946 a educação volta a ser definida como direito de todos, prevalecendo a ideia de educação pública preocupação com o ensino público, sendo o primeiro dispositivo no trato da matéria dedicado a estabelecer a livre iniciativa e a Constituição de 1967 mantém a

estrutura organizacional da educação nacional, preservando os sistemas de ensino dos Estados.

Na Constituição Federal de 1988, o direito à educação tem previsão no art. 6º combinado com o art. 205 e 206, donde se compreende tal elevação ao status de direito fundamental social da pessoa humana. Através do art. 6º temos a consignação genérica do direito fundamental social à educação, e pelos dispositivos do Título VIII, mais precisamente os art. 205 e 206 temos a parametrização constitucional deste direito.<sup>3</sup>

Assim, diante do conteúdo do referido art. 205, em que consta que “a educação, é direito de todos e dever do Estado [...]”, deduz-se que ao Estado caberá a função de se organizar com o intuito de garantir uma educação e ensino de acordo com os princípios consagrados na Constituição, promovendo sua integral e concreta realização.

O art. 205 destaca dupla dimensão, pois além de prever a delimitação de um direito fundamental com titularidade universal, também representa norma impositiva, prevendo deveres que necessitarão de cumprimento prevendo a garantia desse direito.

O art. 206 estabelece princípios diretamente aplicáveis e possuidores de plena eficácia, tais como: inciso I, a garantia de igualdade de condições para o acesso e permanência na escolar, e; inciso II – liberdade de aprendizagem, de ensino, pesquisa e pensamento.

Desta forma, considerados os dois dispositivos suscitados, conjecturamos que para a implementação do direito à educação é necessário se fazer uma interpretação sistemática de tais dispositivos, na tentativa de que, ao serem conjugados, o legislador em sua regulamentação respeite o observe seus parâmetros.

Da análise de André Ramos Tavares podemos extrair que, apesar da Constituição não ter estabelecido de maneira precisa sua abrangência ou mesmo sua eficácia imediata<sup>4</sup>, admite que seja extraído um conteúdo mínimo, consistente no “direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino”. (2010, p. 774).

Considerando que um completo direito à educação deverá ater-se aos objetivos e princípios determinados pelo artigo 206 do Texto Constitucional, quais sejam: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo para o exercício da cidadania; c) qualificação para o trabalho.

Com efeito, podemos consignar que a educação vem possibilitar não só a formação em

---

<sup>3</sup> O §2º art. 5º menciona que outras normas como Convenção ou Tratado Internacionais que prevejam o direito à educação de uma forma mais ampla, não pode ser suprimido pela Constituição Federal, visto que uma norma não suprime a outra, tendo em vista o não conflito de normas com uma extensão de direitos dessa forma, garantindo aos cidadãos pela norma tutelado uma ampla garantia.

<sup>4</sup> Conforme classificação das normas constitucionais definida por José Afonso da Silva, em sua obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, podemos definir o direito à educação como norma constitucional de eficácia limitada, pois demanda uma atuação estatal no sentido de sua regulamentação. Lembrando que apesar da liberdade no legislativo, em elaborar a lei, e do Executivo em executá-la, é evidente o comprometimento dos órgãos estatais em não se afastarem ou contrariarem os parâmetros constitucionais.

âmbito intelectual, mas também nos contextos: afetivo, social e artístico. Por esses parâmetros temos condições de estabelecer critérios para delimitação do conteúdo do direito à educação. Sendo que tais critérios, dado seu caráter constitucional, deverão ser obrigatoriamente observados quando do processo de regulamentação das previsões constitucionais.

Ademais, pelo sentido trazido por José Afonso da Silva, constatamos o direito à educação demanda uma contínua e intensa intervenção do Estado para surtir se efetivar, determinando que:

[...] em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2007, p. 313).

O direito à educação, além de ser compreendido como um direito fundamental e, também, social e subjetivo, configura-se ainda como um direito da personalidade, pois como busca o pleno desenvolvimento da pessoa está diretamente vinculado à necessidade de cada pessoa em se desenvolver em todos os aspectos, bem como considerada sua individualidade e a diferença que delinea os seres humanos.

Dessa forma, ao ser vedado o acesso à educação ou prestado de forma insuficiente, que seja incapaz de desenvolver a consciência de igualdade, de sociabilidade e de solidariedade, estar-se-á violando a própria personalidade e a dignidade humana. Pois segundo José Afonso Silva, a educação é um dos “[...] indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”. (SILVA, ano, p. 127, 2011).

Sendo que a dignidade deve ser um princípio norteador interpretativo do texto constitucional, com o fito em garantir ao indivíduo uma maior segurança no respaldo de suas relações interpessoais, a dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico<sup>5</sup>, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade<sup>6</sup>.

Sob a configuração de direito social, Andreas Krell, sustenta que:

São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas públicas’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos

<sup>5</sup> Citando von Wright, Robert Alexy registra que os conceitos práticos dividem-se em três categorias: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Os deontológicos, a de dever ser. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade. (Vide Robert Alexy, **Teoria dos direitos fundamentais**, 2008, p. 145-146).

<sup>6</sup> V. Ricardo Lobo Torres, Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41.

constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, segundo Krell é papel do Estado assegurar a efetividades de políticas públicas que chancelem a sociedade em um verdadeiro estado de bem estar social (*welfare state*), mediante atos normativos que deem sustentação às políticas públicas inclusivas progressivas.

Convém asseverar que sob o viés constitucional, a tutela da educação deve refletir as metas propostas pelo Texto Constitucional, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que objetiva erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, e garantir o bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Dessa maneira, como principais objetivos da República Federativa do Brasil, tais preceitos são metas orientadoras às quais regerão políticas públicas de alcance a tais metas, sendo um deles o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, direitos de 3ª dimensão, dentre outros objetivos a qual o Estado não se furtará em buscar a todo momento.

Assim sendo, com políticas que versem pela inclusão massiva, sem qualquer forma de discriminação, aliado ao combate constante de qualquer forma de preconceito deve ser um dos caminhos a que o Estado deve a todo o momento buscar, ao passo que com uma sociedade livre de qualquer forma discriminatória é que se poderá aferir em uma real justiça social, nos seus múltiplos aspectos.

Sob o aporte de igual acesso a educação, o próximo item vem na tentativa de definirmos o que representa esta igualdade, bem como sua extensão.

## **2 IGUALDADE: APORTE PARA O DIREITO À EDUCAÇÃO**

O princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal de 1988 é parâmetro que norteia toda e qualquer atuação, tanto de natureza estatal como privada. Sob o viés do direito à educação a igualdade compreende o direito de igual acesso, mas também se perfaz no âmbito material do princípio da igualdade, tanto sobre a igualdade de oportunidades como a igualdade de reconhecimento da diferença.

[...] O conteúdo jurídico objectivo da proteção do bem da vida humana implica, de forma incontornável, o reconhecimento do dever de proteção do direito à vida se perfaz ainda nos meios necessários à realização da condição humana [...]. O direito à vida está intimamente ligado a outros direitos (e princípios) como a dignidade da pessoa humana, desenvolvimento da personalidade, integridade física e psíquica e igualdade. A igualdade, nesse contexto, significa igual dignidade constitucional de todas as vidas. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 447-448).

Tem-se no plano da igualdade formal a submissão às leis propriamente dita. Em que todos se submetem ao ordenamento positivado, sem qualquer distinção de etnia, orientação sexual, religião. Desta forma, versa tal derivação do Princípio constitucional da igualdade o cumprimento

da lei em sentido estrito.

No entanto, tal entendimento foi criticado, principalmente no período Iluminista (Esclarecimento), em que se via o Homem como refém de um Estado autoritário e desarrazoado de meios coercitivos através das normas.

No que cerne ao campo da igualdade material, esta se cumpre à função de equiparar setores sociais ao modo que os dignifica o ser humano pelo tratamento equivalente entre todos<sup>7</sup>. Desta forma é que tal derivação do princípio da igualdade, norma de eficácia plena, mas que precisa ser suprida por sustentáculos que garanta a sua real aplicabilidade.

A igualdade almejada pelo atual Estado Constitucional Democrático e Social de Direito em que se elevou a pessoa como núcleo axiológico de todo ordenamento jurídico, não mais representa a positivação no Estado que o antecedeu – o Liberal –, pelo contrário, pretende a superação da igualdade formal fomentada pela Revolução Francesa. Assim, hodiernamente empenha-se em, com fulcro na garantia da igualdade formal, alcançar a igualdade de natureza material, pois, somente nesta é que se sustentará a promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”. (BONAVIDES, 2002, p. 341). Em complemento, Paulo Bonavides discorrendo sobre este princípio, afirma que ele:

[...] inarredavelmente atada à doutrina do Estado Social, já não pode ignorar o primado do fato ideológico nem tampouco as demais considerações de natureza axiológica. Ideologia e valores entram assim a integrar o conceito de igualdade, provocando uma crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito. Ela que nascera ideológica, levantada nos braços do direito natural, se despolitizou num segundo momento, ao adquirir uma neutralidade de aparência, a qual apenas subsistiu enquanto pode subsistir o antigo Estado de Direito da burguesia liberal e capitalista do século XIX. (BONAVIDES, 2002, p. 341-342)

Ademais, Paulo Bonavides afirma que: “no Estado Social contemporâneo, o sentido do princípio da igualdade se contém em sua significação como direito e como técnica”. (BONAVIDES, 2003, p. 222).

Como técnica o princípio da igualdade atuaria no sentido de ser instrumento de diminuição de desigualdades – tanto sociais, econômicas, políticas quanto jurídicas –, e em conformação aos objetivos que deverão constitucionalmente ser seguidos, as políticas públicas, sejam elas sociais ou econômicas, seriam os mecanismos que manteriam comprometidos os três poderes, assegurando-se o prelúdio do nascimento da igualdade material. Ademais, através desse aspecto “é o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais,” (2003, p. 223) finaliza Paulo Bonavides.

Além da igualdade formal e material, sustenta-se, na atualidade, uma terceira faceta da

---

<sup>7</sup> Máxima Aristotélica: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”.

igualdade, resultante da igualdade material, trata-se da igualdade de reconhecimento da diferença. Nestes sentos, é o escólio de Flávia Piovesan:

Existem três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, idade, raça, etnia e demais critérios). (PIOVESAN, 2008, p. 889).

Ora, para que o direito à educação seja prestado de maneira adequada e alcance sua efetividade é imprescindível que a escola além de permitir o acesso em condições equânimes, também garanta que os diferentes sejam reconhecidos e respeitados enquanto indivíduos dotados de dignidade e de iguais direitos.

Conforme depreendemos do art. 3º, III, do Texto Constitucional, em que lobrigamos a igualdade em âmbito substancial, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, teria o condão de prover as falhas econômicas, físicas, intelectuais ou sociais daqueles que se encontram em situações desfavoráveis por diversos motivos, com o intuito de proporcionando-lhes igualdade de oportunidades.<sup>8</sup>

Sob a significação de direito, o termo igualdade refletiria o respeito à diferença, compreendendo a observância de uma sociedade que tolera, preserva, defende e se solidariza com aqueles que, por motivos diversos, encontram-se às margens da sociedade, e necessitam de ações inclusivas que possa igualizá-los socialmente, confirmando-se como princípio insigne de uma sociedade pluralista.

### **3 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

Conforme demonstrado acima, o direito à educação é um direito fundamental, sendo garantido na nossa Constituição Federal o direito ao amplo acesso à Educação, necessitando, para tanto, que disposições normativas garantam a aplicabilidade e efetividade a esta previsão.

Há de se destacar que a temática Educacional sempre fora arguida na norma maior de nosso Estado, sendo que a atual Constituição prevê de forma a ser prenunciada pelas normas infraconstitucionais, dando diretrizes de seguimento de uma Educação igualitária.

---

<sup>8</sup> “Artigo 13. Direito à educação 1. Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz. (ONU, 1990).

### 3.1 Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)

Temos como conceituação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394, a qual se deu com o objetivo de definir e regularizar o sistema de educação brasileiro com respaldo nos princípios que se apresentam em nossa Constituição Federal. Através dessa norma, tais atos dispõem sobre a finalidade, os recursos financeiros, as diretrizes educacionais, ou seja, as balizas que norteiam o caminho a ser traçado pelo Estado nas carreiras de profissionais da área educacional, a fim de adentrar o educando no cenário social de uma maneira crítica e racional.

No que se refere à criação da LDB, temos que destacar o famigerado “Projeto Jorge Hage”, sendo o nome dado no projeto referente ao relator do diploma, sendo alvo de inúmeros debates em audiências públicas, organizado pelo Fórum Nacional em Defesa da Escola Pública e em seguida apresentado à Câmara dos Deputados. Além do projeto pioneiro, podemos também enunciar a segunda proposta, que foi elaborada pelos senadores Darcy Ribeiro, Marco Maciel e Maurício Correa em planejamento com o poder executivo através do Ministério de Educação – MEC. Essa proposta foi adotada pelo governo federal, outorgando-a com algumas complementações em seu conjunto. (MONTEIRO, GONZÁLEZ & GARCIA, 2011)

Há plausibilidade no texto que manifesta a Lei de Diretrizes Básica Nacional 9.394/96, posterior à lei que o sucedia, qual seja a de nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Com as mudanças no comportamento social do país no que diz respeito a fatores econômicos, políticos e também culturais e em meio à repressão militar (1964-1985), a Lei 4.024/61 não alcançava mais as propostas de um cenário tão diverso.

Assim, por mais que no decorrer da história da educação do Brasil algumas emendas e decretos como as leis 5.540, de 28 de novembro de 1968 e, ainda, as Leis nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 e 7.044, de 18 de outubro de 1982, viessem a suprir algumas das necessidades no rol da educação, acrescentando artigos e incisos significativos na lei 4.024/61, isso não foi suficiente para sanar problemas inerentes no palco educativo brasileiro.

É inequívoco que as implicações da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/96, para a educação brasileira do ponto de vista geral trouxe impactos significativos para a educação brasileira. Além disso, no que se refere à educação básica foram inúmeros os projetos e programas educativos que vieram à educação nacional, destacando as regiões brasileiras mais carentes economicamente, oriundos dessa normativa educativa.

A priori, podem-se validar as conquistas para a educação infantil, para a qual foram criados novos espaços que objetivam a maximização em seus múltiplos aspectos físicos, sociais, culturais e cognoscitivos dos educandos a que a lei tutela, assim, aprimorando cada vez mais a educação como uma mola propulsora para a sociedade, dessa forma era aplicada a LDB no cenário a que havia

vigência.

Temos que destacar que o norte a qual as diretrizes curriculares se deu na educação infantil, pode ser vista na Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2009, a que são frutos desse documento legislativo. Dessa forma as questões de infraestrutura, tempo e espaço, materiais pedagógicos, apesar de já incluídos nos referenciais curriculares nacionais ganharam mais visibilidade.

Além disso, no rol do ensino fundamental, merece alusão o cuidado com o tempo de escolarização destinado ao período educativo. No Programa Nacional do Livro Didático (PNLD) a referencia se dá de modo positivo, sendo oriundo das recomendações da LDB atual. A definição de modalidades educativas tais como, Educação de Jovens e Adultos, Educação Profissional, Educação do Campo, Educação Indígena receberam cuidado e atenção no documento em discussão.

Dessa forma se aborda em um panorama geral o que significou a LDB no cenário educacional, com sua corroboração para uma educação engajada na efetiva implantação de programas que beneficiasse a todos. Sendo de suma importância para as diretrizes a que o Estado aplica no que concerne a sua função essencial e também aos princípios que objetivam a República.

### **3.2 A Base Nacional Curricular Comum (BNCC): Portaria n. 790/2016**

Como fonte normativa, a BNCC vêm por meio de uma Portaria do Ministério da Educação, orientando os Estados e os pedagogos a se uniformizarem buscando uma maior isonomia entre o país.

De acordo com as modificações apresentadas na tese proposta de alteração da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), o aspecto aplicado à Base Comum Curricular (BNCC) é o de unificar saberes, aplicando um método conforme nos múltiplos estados, buscando certa isonomia no aspecto educacional na grande porção de nosso território.

Podemos destacar a participação dos congressistas para a propositura de projetos de lei que tenham como substrato a Educação a qual não se cumpriu um amplo estudo de viabilidade, eficácia, pertinência temática e social, para que a efetivação de futuras leis seja seguida de normas de suma importância para os jovens de uma forma geral.

No entanto, algum aspecto, que deveriam apresentar uma função integrativa e progressista, vem na contramão de seu real intuito. Como podemos destacar a não aplicação de gêneros no alunado que se apresenta no ensino fundamental, tempo este imprescindível para uma estimulação crítica a respeito dos mais variados temas que envolvam o gênero como razão discursiva, assim sendo, a liberdade (art. 5º, IX e X da CF/88) brutalmente ferida, em razão de massas congressistas que ingerem em grande parte da função legiferante ao qual este deferia ser sua função típica.

Em sua forma geral, a BNCC vem com um propósito nobre, que é o de buscar a isonomia entre os usuários de suas recomendações (art. 5º, *caput*, I, princípio da igualdade). Destarte, o intuito de tal artigo de pesquisa é o de explicar meios democráticos e enriquecedores de engrandecer a Base Nacional Comum Curricular, nas suas multiplicidades cognitivas e também no propósito basilar que é o de trazer à sociedade brasileira uma educação efetivamente prospectiva (art. 205, CF/88).

### 3.3 Aspecto de gênero na BNCC

Temos na Constituição o Direito Fundamental da Igualdade (art. 5º, *caput*, I, CF/88) em que preza por um tratamento sem distinção de etnia, gênero, religião, etc. Assim sendo, a exclusão da temática de gênero, mesmo que estritamente ao Ensino Fundamental fere um Direito constitucionalmente assegurado que é o da Liberdade e o da Igualdade, sem distinção entre princípios, sopesando-os de acordo com a necessidade arguida.

Como derivação do Princípio da Igualdade temos como sua gênese, ou seja, o Direito norte-americano, que em seu *separate but equal*, episódio que ficou conhecido como o período segregacionista norte-americano como consequência influenciou no ordenamento jurídico mundial, com princípios efetivamente democráticos, como o *treatment as unequal*, assim, influenciando países como o Brasil na tratativa democrática entre todos, sem distinção.

Assim como o Princípio da manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V) em que a Base cercearia pedagogos de uma forma geral a lecionarem segundo uma pauta pré-estipulada e que fere a função do estado democrático de Direito. Sendo que, implicitamente a atenuação do *hate speech (discurso de ódio)*, muito disseminado atualmente, principalmente com o advento das redes sociais, poderia ser drasticamente reduzido com a tratativa mais humana nas escolas, desde o Ensino Fundamental, o que com a BNCC há uma clara retirada de tal possibilidade.

Podemos elucidar de maneira rápida os Direitos mais preponderantemente afetos ao tema, que são os Direitos Fundamentais de primeira e segunda gerações. Desta forma, as garantias poderão ser vislumbradas em seu aspecto histórico-social, realçando o seu aspecto garantista.

Desta forma, destacamos a evolução em que os Direitos fundamentais sofreu para abranger desde o Homem individualmente até a sua abrangência à coletividade, assim sendo, em dissonância com tal evolução histórica do ordenamento jurídico no plano internacional é que se apresenta a BNCC no que tange a orientação de gênero na sua propriedade, restringir o jovem e adolescente do saber é restringir um dos bens imateriais mais imprescindíveis que temos que é o da crítica, livre-arbítrio e do saber como um todo.

#### 3.3.1 Não Discriminação de Sexo e Gênero: Desdobramentos no ensino

Como micro expressão da sociedade, as escolas devem estar direcionadas à produção de “práticas sociais, de valores, de crenças e de conhecimentos, movidas pelo esforço de procurar novas soluções para os problemas vivenciados”. (GARRIDO; PIMENTA; MOURA, 2000, p. 92).  
Ora,

O grande desafio da escola é reconhecer a diversidade como parte inseparável da identidade nacional e dar a conhecer a riqueza representada por essa diversidade etnocultural que compõe o patrimônio sociocultural brasileiro, investindo na superação de qualquer tipo de discriminação e valorizando a trajetória particular dos grupos que compõem a sociedade. Nesse sentido, a escola deve ser local de aprendizagem de que as regras do espaço público permitem a coexistência, em igualdade, dos diferentes. (BRASIL, 1997).

Sobre os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil faz parte, corroboram no sentido de impedir ou defender a não-discriminação, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, especialmente o Art. 2º, 1º.

Ademais, ainda existem outros instrumentos que detêm elevada relevância, tais como: a Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, enfatizando preocupações, tais como:

[...] atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”<sup>3</sup>. 2) Também em 2008 foi aprovada uma Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22/12/08) os países signatários condenaram as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar [...]. Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção. (PEREIRA; BAHIA, 2011, p. 5).

Enquanto identidade de Gênero diz respeito a quais papéis sociais de gênero o indivíduo se identifica (masculino, feminino ou transgênero). Orientação Sexual diz respeito a que sexo está voltado o desejo o afeto e o desejo sexual de alguém (daí se falar em heterossexual, homossexual e bissexual). (RIOS, 2001, p. 281).

Ademais, outro documento internacional que o Brasil tem vinculação é a Convenção da Conferência Geral da UNESCO relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (Decreto n. 63.223/68) que prevê:

Artigo I. Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de

<sup>9</sup> “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”; o Pacto de San José da Costa Rica; e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981. A Organização Mundial da Saúde (OMS), já em 1975 deixava claro que a sexualidade (desde uma dimensão muito ampla e diversificada), inserida na temática da saúde, também é um direito humano (BRASIL, 1997b).

tratamento em matéria de ensino, e, principalmente: a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior à educação de qualquer pessoa ou grupo; [...] d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem. [...] Artigo III A fim de eliminar e prevenir qualquer discriminação no sentido da presente Convenção, os Estados partes se comprometem a: a) ab-rogar quaisquer disposições legislativas e administrativas e fazer cessar quaisquer práticas administrativas que envolvam discriminação; b) tomar as medidas necessárias, inclusive legislativas, para que não haja discriminação na admissão de alunos nos estabelecimentos de ensino; [...] d) não admitir, na ajuda que, eventualmente, e, sob qualquer forma, for concedida pelas autoridades públicas aos estabelecimentos de ensino, nenhuma preferência ou restrição baseadas unicamente no fato de que os alunos pertençam a determinado grupo; [...] Artigo V Os Estados-partes, na presente convenção, convêm que: a) a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações... (grifos nossos).

Dentro deste contexto, em 2007, instituiu-se o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos<sup>10</sup>, com o objetivo de estabelecer ações programáticas para a Educação Básica, conforme estabelece:

[...] fomentar a inclusão, no currículo escolar, das temáticas relativas a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, pessoas com deficiências, entre outros, bem como todas as formas de discriminação e violações de direitos, assegurando a formação continuada dos(as) trabalhadores(as) da educação para lidar criticamente com esses temas. (BRASIL, 2007, p. 33).

Ademais, em razão da diversidade humana, sendo esta que nos torna nos mesmo, dentro do ambiente escolar não tratar sobre alguns assuntos é assujeitar os indivíduos dentro de um processo convencional de normatização e normalização, desconsiderando as diferenças, vez que:

Obrigar um aluno ou aluna a modificar o seu jeito íntimo de ser, de falar, de se fazer bonito para poder estudar, é condicionar um direito que é incondicional. É abuso de poder. É desrespeito. E é sinal de que o educador ainda não entendeu que a identidade sexual daquele aluno não é uma firula ou uma brincadeira, mas parte constitutiva da sua própria personalidade” (BORTOLINI, 2008).

Em razão da grande polêmica em torno das recomendações enunciadas na Base Nacional Comum Curricular, há de se destacar a “censura” feita aos pedagogos em torno da discussão em sala de aula sobre o gênero nas escolas. Em breve síntese, vamos pautar a discussão na tríade: Gênero; Identidade de gênero e orientação sexual.

A priori, temos que a conceituação de gênero é a forma exteriorizada a que um indivíduo veio à concepção no mundo, ou seja, é sua forma física que a no seu aspecto Biológico se sobreveio. Temos que destacar que tal atribuição em nada interfere na sua escolha, sendo livre e aberta a qualquer modo, desta

---

<sup>10</sup> Neste sentido, “O Comitê Nacional de Educação e Direitos Humanos, que elaborou o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, deixa clara sua concepção acerca dos objetivos do ensino fundamental: b) a escola, como espaço privilegiado para a construção e consolidação da cultura de direitos humanos, deve assegurar que os objetivos e as práticas a serem adotados sejam coerentes com os valores e princípios da educação em direitos humanos; [...] d) a educação em direitos humanos deve estruturar-se na diversidade cultural e ambiental, garantindo a cidadania, o acesso ao ensino, permanência e conclusão, a equidade (étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras) e a qualidade da educação” (BRASIL, 2007, p. 32, grifos nossos).

forma a simples anatomia do indivíduo se dá pelo processo resultante da fecundação de seus ascendentes, desta forma é a mera confluência probabilística da genética de seus pais, ao passo que a configuração a posteriori é de livre escolha do indivíduo, não sendo o Estado o tutor de ordem ou imposição a respeito de sua escolha, é por tal fator a importância da discussão dessa temática tão complexa e ao mesmo tempo tão rica e democrática que o Estado não deve intervir através de “recomendações” a pedagogos de uma forma geral.

### 3.1.2 *Identidade de gênero, Orientação sexual e ideologia de gênero*

Como processo garantido pela livre escolha do Homem, desde a sua concepção, o ser humano por si só já se faz um ser dotado de autonomia de suas escolhas e agraciado pela liberdade de se entender como pertencente a qualquer gênero. Assim, a identidade de gênero pode ser representada por *como o indivíduo se entende frente a si próprio e a sociedade em geral*, desta maneira vemos que uma pessoa anatomicamente pertencente ao gênero masculino pode se reconhecer como alguém do sexo feminino e vice-versa.

Desta forma, por vivermos em um estado democrático de Direito e que não deve tutelar meios retrocedentes de manifestações deve buscar a isonomia e a garantia de respeito entre todos. Assim, o papel garantidor do Estado deve encontrar guarita no resguardo ao Homem de se manifestar da maneira que achar necessária, sem sofrer nenhum tipo de represália social.

Além disso, temos a orientação sexual como sendo o fator instintivo do Homem a outro, ou seja, a quem o ser humano desenvolve estímulo afetivo, sexual, sendo esse determinado pelo próprio desenvolvimento biológico do ser humano. O sistema límbico, responsável pelos estímulos de uma forma geral, desperta no Homem uma feição maior a uns do que a outros, esse desejo a certas pessoas especificamente é o que se denomina orientação sexual.

Desta forma, pode-se superficialmente falar que é a feição de forma ampla de um indivíduo pelo outro.

O que se sustentou em debates acerca das modificações de discussões do tema em escola é que pedagogos de uma forma geral não instruiriam os alunos como deveriam, ou seja, transmitiriam juízo de valor sobre o tema e tornariam as aulas como cenários de manipulação, ou seja, de ideologia de gênero.

Como identidade de gênero podemos entender como conceituado anteriormente como a maneira a que o indivíduo se vê perante a sociedade, desta forma as escolas como locais competentes a informação do educando, sendo imparcial a transmissão dessas conceituações diversa ao gênero propriamente dito.

No que tange a ideologia de gênero, aspecto depreciativo, a que não é o papel da escola aderir, sendo a influência a que um educador ingere no seu educando, tal fato deve ser combativo. Mas não cabe ao

Estado generalizar as escolas pela sua intuição a que o educador colocará tal doutrina em prática, cabe ao Poder Público buscar o aperfeiçoamento do pedagogo e orientá-lo ao intuito de ser imparcialmente um transmissor de conteúdo.

#### 4 AFERIÇÃO SOBRE A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA BNCC

Este capítulo tratará de aferir sob quais pontos a BNCC, dentro da sistemática constitucional, é possível verificamos algumas incompatibilidades. Visando esta análise, nos restringimos ao pluralismo, ao pleno desenvolvimento e o **Respeito e Reconhecimento da Diferença**

A sociedade brasileira é eivada de diferenças que nos formaram e nos constituem, pensando nisso o constituinte outorgou plena tutela ao pluralismo, seja de sua concepção mais singela, como a cultural até a mais gritante, que é o pluralismo político. Por esta constatação, temos que o Texto Constitucional adota a tutela de uma sociedade pluralista consignada na ideia de liberdade que todos nós somos destinatários. Eis que, permite-se, portanto, as mais diversas manifestações que norteiam a diversidade humana.

O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está, precisamente, em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas, e por vezes contraditórias; em conciliar a sociabilidade e o particularismo; em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis”. (SILVA, 2008, p. 787)

O viés educacional comportaria o pluralismo de ideias e de instituições de ensino (art. 206, III).

A doutrina do pluralismo despontou e se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado. Quer realizar-se como princípio da democracia de poder aberto, estabelecendo o liame entre a liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, não apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social. (SILVA, 2008, p. 788).

Desta maneira, levando em consideração os aspectos atuais, a crítica que se faz à atual feição da BNCC deve ser feita constantemente, ao passo que o Estado de maneira imperita versa sobre temas que dita ser o correto, como o cerceamento do estudo da ampla diversidade de gênero disseminada em nosso país, “fechando os olhos” para um país tão múltiplo como o nosso<sup>11</sup>.

Ademais, sobre o pleno desenvolvimento, convém asseverarmos que no sentido trazido por Adorno, quando falamos da formação escolar que seja sustentada apenas no exercício da repetição e da memorização de conceitos e de ideias, estabelecidos a priori, esta formação constitui-se numa

<sup>11</sup> Neste sentido, “a importância de ter a Constituição conjugado a concepção de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária (Preâmbulo e art. 3º, I), pois, se o pluralismo é uma concepção liberal, o solidarismo, de fundo socialista, aposta para uma realidade humanista de fundo igualitário, que supõe a superação dos conflitos, e, assim, fundamenta a integração social, que evita os antagonismos irreduzíveis que destroem o princípio pluralista” (SILVA, 2008, p. 788).

formação de indivíduos sem indivíduos, uma semiformação (ADORNO, 1996), resultando em indivíduos que irão compor uma sociedade administrada, que encarcera a consciência numa arredoma que dificulta a possibilidade de transcender, pois não permite o exercício da reflexão de ideias, conceitos ou de qualquer abertura crítica.

Este autor ainda aduz que nestes parâmetros, a educação serve apenas para fornecer mão de obra visando atender as necessidades do mercado. Forma indivíduos sem consciência de solidariedade, de empatia ou de alteridade, já que refoge ao perfil desta formação um viés mais humanista (viés este que nos condiciona enquanto humanos).

Assim, ao invés da prestação do direito à educação atuar na formação do indivíduo de maneira holística, a restrição da formação provoca seu enclausuramento numa formação parcelar, pois sob a locução de uma suposta democratização “promove a heteronomia sob a máscara da autonomia, impede o desenvolvimento das necessidades e limita o pensamento e a experiência sob o pretexto de ampliá-los e estendê-los ao longe por toda a parte.” (MARCUSE, 1982, p. 163-164).

Apesar de ser um tema extremamente delicado e de ter passado por uma análise feita por 116 especialistas em 37 universidades, a temática deve ser discutida de forma paulatina e com os mais diversos meios democráticos de explanação de opinião, para que haja uma decisão de forma coerente, para que não haja prejuízo para nenhuma parte, inclusive as minorias marginalizadas.

Assim, se perfaz o princípio da igualdade formal no que tange ao aspecto da implantação da BNCC em questões de gênero, há uma imposição forçosa de cerceamento, através de práticas abusivas por parte dos órgãos competentes a legislar.<sup>12</sup>

Em que se consubstancia tal igualdade, vemos no campo fático mazelas que descaracterizam tais garantias constitucionais. Mais especificamente no campo temático da BNCC é apresentado o seu intuito nobre que é o de tornar equivalente a educação nos diversos estados de nosso país, buscando que alunos de estados como Rio Grande do Sul, Pernambuco entre outros tenham uma educação razoavelmente equivalente.

Tais práticas se valem de recomendações que abrangem áreas como Matemática, Português, Ciências da Natureza e Ciências Humanas, no campo metodológico, pautando sistemas uniforme e versando sobre meios alternativos de suprir um sistema educacional tão aquém do ideal. Eis que,

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 1999, p. 53)

Assim, a derivação do Princípio basilar de nossa Carta Magna é razão primordial de

---

<sup>12</sup> Art. 24, IX, CF/88: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: educação, cultura, ensino e desporto;

sustentarmos a tese de que o campo da igualdade também deve se ater a discussão de gênero nas escolas públicas e privadas de uma forma geral, sem demonstrar um aspecto “preventivo” e como consequência disso a censura de ciências que elevariam nossa juventude a uma crítica massiva e também a uma sociedade mais harmoniosa, menos machista e misógina.

A igualdade não se refere apenas a condições redistributivas, de igualdade de oportunidades, mas também “condições institucionais necessárias para o desenvolvimento e o exercíodas capacidades individuais e comunicação e cooperação coletivas” (YOUNG, 1990, p.39).

Dentro deste panorama, a ideia tão difundida pela concepção liberal de Estado e que ainda encontra guarida na atualidade, da concepção de que o Estado deve abster-se de atuar na vida privada, ser neutro e imparcial quanto aos valores e formas de vida adotadas pelos indivíduos, resulta no equivocado processo de normatização de práticas, comportamentos, modos de vida fundado em padrões, camuflando, por vezes, atuações estatais eivadas de seletividade.<sup>13</sup>

Eis que, certos é que determinados grupos têm acesso privilegiado a bens, recursos e valores que orientarão a ação do Estado sob a aparência legitimadora do bem comum e do agir orientado ao interesse geral (YOUNG, 2012).

A escola deve ser um ambiente plural, lugar onde necessita ser estimulado o círculo virtuoso da diferença. Pois, a escola sendo um microssistema social é de onde, partem as reproduções de práticas discriminatórias, marginalizantes e de ódio ao diferente quando olvidada a necessidade de se trabalhar essa diferença. Negar o conhecimento da diferença é negar o próprio conhecimento e o direito ao desenvolvimento pleno que o direito à educação implica.

Portanto, a escola não pode fechar seus portões, livros e currículos aos problemas que afetam a sociedade, pois tais práticas tem a tendência de gerar ódio e atitudes de intolerância ante ao fato de se excluir o direito de conhecer o outro. A escola faz parte da sociedade, e nela é que devemos aprender a valorizar e respeitar as diferenças.

Uma de suas tarefas mais importantes, embora difícil de ser implementada, é preparar tanto alunos como professores e pais para viverem e superarem as dificuldades em um mundo de mudanças rápidas e de conflitos interpessoais, contribuindo para o processo de desenvolvimento do indivíduo.” (DESSEN; POLONIA, 2007, p. 25)

Ora, não se desejar retirar da família a importante e relevante função que sempre desempenhou de educar as crianças, mas é essencial que as famílias tenham em mente que o ensino meramente informacional, *curricularizado*, afastado da realidade, colocará na sociedade cidadãos que desconhecem os conflitos entre os indivíduos que compõem esta sociedade.

Segundo Pedro Demo: “A escola tem esta expectativa absolutamente fundamental e que se

---

<sup>13</sup> A respeito de como se dá a construção jurídica da heterossexualidade, vide: MOREIRA (2010).

constitui no direito de se emancipar, o direito de não ficar à sombra na história. O direito de não ser o resto da sociedade, o direito de não ser deixado para trás”. (2002)

O direito de conhecer os diferentes, de permitir manifestações da própria natureza humana no ambiente escolar é um direito das majorias, negá-los é não prestar o direito de forma adequada, já que não se tem condições de alcançar o pleno desenvolvimento do ser que a educação, ao menos teoricamente, deveria proporcionar.

a função da escola no século XXI tem o objetivo precípua de estimular o potencial do aluno, levando em consideração as diferenças socioculturais em prol da aquisição do seu conhecimento e desenvolvimento global. Sob este prisma, ele aponta três objetivos que são comuns e devem ser buscados pelas escolas modernas: (a) estimular e fomentar o desenvolvimento em níveis físico, afetivo, moral, cognitivo, de personalidade; (b) desenvolver a consciência cidadã e a capacidade de intervenção no âmbito social; (c) promover uma aprendizagem de forma contínua, propiciando, ao aluno, formas diversificadas de aprender e condições de inserção no mercado de trabalho. Isto implica, necessariamente, em promover atividades ligadas aos domínios afetivo, motor, social e cognitivo, de forma integrada à trajetória de vida da pessoa. (MARQUES, 2001 Apud DESSEN; POLONIA, 2007, p. 26).

Assim, considerando que a escola é um microcosmo em que se insere a sociedade como um todo, já que forma cidadãos para posterior participação na sociedade, e sendo ela responsável pelo desenvolvimento da pessoa, torna-se importante instituição de natureza pública que traz reflexos para as relevantes modificações da sociedade atual, bem como atua como mediadora das mais diversas demandas presentes na sociedade.

## **5 GESTÃO ESCOLAR DEMOCRÁTICA: INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS DE MEDIAÇÃO DA PRESTAÇÃO ADEQUADA DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

A década de 80 do século passado fomentou a transição democrática, ocasião na qual a Constituição de 1988 foi precursora da democracia em diversos âmbitos da sociedade, dentre eles o educacional, sendo esta articulada diretamente por decorrência das demandas e dos movimentos sociais. Reflexo deste viés democrático constatamos a positivação no Texto Constitucional do princípio da gestão democrática na educação (art. 206, inciso IV).

Por meio deste princípio almeja-se “uma estreita articulação da escola com as famílias e à comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola”. (SILVA, 2008, p. 789).

Ora, para que a escolar seja um ambiente plural precursor da igualdade de oportunidade e do reconhecimento e respeito à diferença, torna-se imprescindível que se assegure esta gestão democrática a partir dos procedimentos de regulamentação das previsões constitucionais.

Ao nos depararmos com o processo de criação e discussão da BNCC, constatamos que apesar dela se dizer democrática, inclusiva, pluralista, nas próprias justificativas de sua criação, ao nos aprofundarmos em seu estudo nos deparamos com uma realidade diversa.

Em “propaganda” veiculada em rede nacional de rádio e Televisão, o discurso contido nesta propaganda traz a ideia de que ao se equalizar a oferta de ensino haverá oportunidades iguais; constando a seguinte transcrição: “Se a base da educação é a mesma, as oportunidades também serão”, que se trata de um “documento democrático que respeita as diferenças”, bem como assegura os mesmos direitos de aprendizagem”.

Ora, reputamos que o teor desta propaganda nada mais faz do que dizer o que o “povo que escutar”, reforça a ideia de igualdade formal, mas “pretende” como resultado a igualdade material. Traduzindo-se, por conseguinte, numa falácia.

Com efeito, é consabida que nosso país, dada suas dimensões continentais, detemos uma evidente heterogeneidade social, fator que por si só reforça a ideia de preservar as diferenças que permeiam nossos cidadãos, tais como territoriais, culturais, étnicas, comunicacionais, de desenvolvimento e renda, etc., contrariando, assim, até mesmo o slogan do governo para implantar a base nacional comum curricular

Sendo a base a mesma, sem se consignar as diferenças existentes em nosso país, torna-se evidente que o alcance à igualdade de oportunidades será prejudicado, bem como o reconhecimento da diferença e a preservação das diferenças ínsitas de cada grupo ou região.

Eis que, diferentemente do que a BNCC estabelece, nossa proposta é encetarmos a possibilidade de revisão de seu teor, fundado na ideia de gestão democrática de políticas públicas para a educação e da boa governança.

Governança relaciona-se à capacidade de implementação de políticas públicas, a esta capacidade será associada à qualidade de “boa” na medida em que tal implementação se dê de forma democrática, com participação da sociedade civil, visando alcançar as metas constitucionalmente estabelecidas. Para que esta boa governança ocorra será necessária uma atuação dos órgãos estatais voltados à democratização da gestão pública. Neste panorama, temos que:

A distinção entre governança e gestão é muito tênue. É possível asseverar, para fins didáticos analíticos, que a governança regula ou condiciona a gestão, em diferentes graus de compreensão. Esse condicionamento, sob a perspectiva republicana, “pode estar ligado à afirmação de direitos de quarta geração no campo da gestão pública, tais como democracia, informação, transparência e participação. Trata-se do enfoque de governança democrática, ou de boa governança” (BRASIL, 2014b, p. 35-36).

Temos ainda que governança, conforme nos apresenta Melo (apud Santos, 1997, p. 341), “refere-se ao *modus operandi* das políticas governamentais – que inclui, dentre outras, questões ligadas ao formato político institucional do processo decisório, à definição do *mix* apropriado de financiamento de políticas e ao alcance geral dos programas.”

Como elucidamos, a boa governança pode ser definida como “significa a organização da ação coletiva e da cooperação ampla para a consecução eficiente e eticamente orientada por fins, ou

por objetivos legítimos, definidos pelos agentes de um determinado setor como um bem coletivo”. (PRAIS, 2008, p. 169).<sup>14</sup>

Em outras palavras, a boa governança pode ser traduzida na prática de execução de políticas públicas que atendam as demandas da comunidade como um todo, essencialmente voltada à realização de um direito fundamental que todos somos destinatários, como é o caso do direito à educação.

Portanto, torna-se relevante que para o exercício da governança seja proporcionado aberto ao diálogo, à participação como reflexo de uma mediação democrática, em que se permita uma verdadeira participação plural e acessível a todos, que as necessidades e demandas do Outro tenham voz e vez também no ambiente escolar.

Assim, de maneira ampla, sem se tratar especificamente ao direito à educação a Lei n. 10.257/01, o Estatuto das Cidades, já registra em seu art. 43, inciso II que “*Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...] II – debates, audiências e consultas públicas.*” (grifo nosso).

Desta forma, valendo-nos da previsão constitucional que se refere à necessidade de gestão democrática na educação e da lei citada acima, utilizando-a de maneira analógica defendemos que políticas públicas que visem regulamentar o direito à educação e estejam em consonância ao citado princípio constitucional poderão se valer de audiências públicas<sup>15</sup> e de consultas públicas, estas últimas materializadas por meio dos conselhos de políticas públicas<sup>16</sup>. Em ambos os instrumentos, em que pese a diferença da participação dos cidadãos, haverá possibilidade de resultar em gestão

<sup>14</sup> Ademais, como bem elucida Santos (1997, p. 341): “o conceito (de governança) não se restringe, contudo, aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado, tampouco ao funcionamento eficaz do aparelho de Estado”. Dessa forma, a governança refere-se a “padrões de articulação e cooperação entre atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico”.

<sup>15</sup> A previsão constitucional das Audiências públicas encontra-se encartada no art. 1º, que trata da soberania nacional. O art. 58 dispõe que “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. Parágrafo 2º. II – adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de audiências públicas com entidades da sociedade civil”. (BRASIL, 1988). Além da previsão Constitucional, a realização das Audiências Públicas também figuram em diversas leis infraconstitucionais, dentre elas: a) Lei 8625/1993, no art. 27, parágrafo único, inciso IV, b) Lei n. 9.784/99, nos artigos 32 a 34; c) Lei n. 9.868, de 10/11/1999; Lei Complementar n. 101/2000, com redação dada pela Lei Complementar 131/2009, art. 48, inciso I; d) Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades). Ademais, a legitimidade deste instrumento, além da legislação nacional, tem fundamento em diversos documentos internacionais, em especial no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 23.1, conforme consta: “todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.” (BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 – Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 10 dez. 2017).

<sup>16</sup> A Constituição Federal de 1988 instituiu em algumas normas a obrigatoriedade da colaboração entre a sociedade civil e as esferas de governo, que se dá, notadamente pelos Conselhos de Políticas Públicas, em suas mais variadas manifestações e temáticas, tais como: art. 29, XII (planejamento municipal); inciso IV, parágrafo único, art. 194 (gestão da seguridade social); art. 198, III (assegurar a participação da comunidade na gestão das ações e serviços públicos de saúde do SUS); art. 204, II (participação da população nas das ações governamentais na área da assistência social); e, art. 227, §1º (participação de entidades não governamentais em programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, promovidos pelo Estado, mediante políticas específicas).

democrática de políticas públicas por meio da participação popular.

Assim, ao tratamos da participação popular na gestão de políticas públicas visualizamos algumas consequências:

a) a participação social promove transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório; b) a participação social permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade e da equidade nas políticas públicas; e c) a sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo, permeia as ações estatais na defesa e alargamento de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público. (SILVA; JACCOUD; BEGHIN, 2012, p. 375).

Com efeito, vislumbramos que por meio da participação social tem-se uma maior abertura ao diálogo sobre assuntos que afetam diretamente nossa sociedade, permitindo que sejam solapados dos porões da intolerância temas que geram ódio e desrespeito aos diferentes. Ora, as diferenças existem, elas devem ser discutidas, não encobertas.

As audiências públicas representam importante instrumento constitucional para uma efetividade adequada do direito à educação, uma educação que comtemple a tutela da diversidade e informe sobre o respeito à diferença, vez que além de ser meio de participação direta dos envolvidos, produzindo a aproximação entre a previsão dos direitos e sua abertura à prática, permite a inferência direta das pessoas pertencentes aos grupos minoritários na formação do conhecimento e de quem deve tomar as decisões para aplicar políticas públicas desta natureza. As audiências públicas podem ser conceituadas como:

[...] uma espécie de participação funcional, coletiva e direta dos cidadãos nos processos de deliberação do poder público, em sentido lato. É funcional, visto que consiste na atuação cidadã fora do aparato da administração pública, mas em atividade materialmente pública, que se desenvolve com o auxílio ou concordância da própria administração; é coletiva porque envolve a atuação de uma pluralidade, que se reúne para uma pauta específica, que depois de esgotada perde o objeto, e isso a distingue dos conselhos; é direta, visto que ordinariamente ela ocorre sem a intermediação de representantes eleitos. (ALVES, 2012, p. 218).

Ademais, constitui espécie de garantia institucional de estabilização das instituições do Estado, por fomentar uma consulta diretamente ao grupo no qual se pretende ver efetivado determinado direito, que poderá, portanto, tomar uma decisão por meio da participação.

Outrossim, diferentemente dos demais instrumentos democráticos as audiências públicas, não geram vinculação acerca das opiniões colhidas em seu procedimento, mas facilitam a tomada de decisão, especialmente quando se trata dos direitos das pessoas com deficiência, que muitas das vezes, pesa o desconhecimento das questões que envolvem esse grupo por parte daqueles que devem executá-los<sup>17</sup>. Tal instrumento visa garantir que as decisões tomadas no âmbito dos diversos órgãos estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), tenham legitimidade, transparência e ainda

<sup>17</sup> “Para que não se trate de mera reunião popular, a audiência pública, qualquer seja sua modalidade, deve se revestir de um mínimo de formalidade, e observar princípios, que podem ser transpostos do conceito de devido processo legal (publicidade, oralidade, participação, contraditório, instrução, gratuidade, economia de formas, impulso oficial, entre outros), sem qualquer prejuízo para a atividade”. (ALVES, 2012, p. 219).

reconheçam os grupos minoritários e vulneráveis como coletividades detentoras de capacidade social de participarem das tomadas de decisões.

As participações e resultado das consultas realizadas em audiência pública detêm caráter meramente consultivo, entretanto, é relevante que o órgão que fará a tomada de decisão leve em consideração as necessidades demonstradas pela sociedade civil, no sentido de priorizar seu acolhimento.

Sobre os Conselhos de Políticas Públicas, vislumbramos que desde a Assembleia Nacional Constituinte acabou prevalecendo uma visão de Conselho de Política Pública como uma forma de participação popular que visava “*mudanças na gestão pública e na elaboração de políticas, tendo em vista sua democratização e transparência [...], como canal de relação entre Estado e sociedade, espaço de administração de conflitos*”. (TEIXEIRA, 1996, p. 8) grifos nosso.

Os conselhos de Políticas públicas constituem-se:

[...] como órgãos públicos de composição prioritariamente paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, ou em outras, em que a transcendência e singular relevância dos interesses públicos geridos demandam uma abertura democrática na gestão de projetos, programas ou políticas. (ALVES, 2012, p. 241)

Por fim, convém ressaltarmos que por representar um princípio decorrente da própria prestação do direito à educação, a inobservância dos citados instrumentos na atuação da gestão democrática na educação comprometerá o objetivo do direito à educação, qual seja o pleno desenvolvimento da pessoa, vez que manterá as escolas distantes da realidade da sociedade, convencionando sua atuação tão somente sob o âmbito curricular e formativo com vistas ao mercado de trabalho.

A gestão será democrática se permitir a manifestação dos mais diversos grupos da sociedade, nas escolhas do futuro da educação, e da implementação dos currículos.

Ademais, ao se constatar que segundo a BNCC fomenta-se uma formação para o mercado e trabalho olvida-se o caráter de formação do cidadão que é uma dos papéis da educação e da escola, que para além de desenvolver o ser para ter uma profissão, é extremamente imperioso prepará-lo para conviver e atuar em sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dessa forma, podemos analisar, com amplitude, que o debate se faz necessário, tratando-se desde a formação da norma, com a oitiva de múltiplos setores sociais, até a sua forma final, visando sua implementação.

O que se propõe na Base Nacional Comum Curricular fomenta-se claramente uma oposição ao que prevê a Constituição, vez que não se vislumbra o atacar a desigualdade e o

desrespeito à diferença pelo conhecimento, pela discussão, mas pela negação, pela omissão.

Ora, o direito à educação deve ser implementado com cuidado e zelo, observando-se sua natureza essencial de proporcional o pleno desenvolvimento à pessoa. Logo, é o que fomenta a ideologia de um cidadão ativo. A abertura da participação democrática por meio das audiências públicas e dos conselhos de políticas públicas enseja a observância da justiça social, da inclusão dos grupos minoritários e o conhecimento e reconhecimento da diferença.

Em razão disso, podemos destacar que se deve respeitar no seio pedagógico o diferente, sem que haja por meio de leis, objeto normativo que em tese deveria buscar efetivações garantistas de direitos, agindo na contramão, retroagindo princípios como o da igualdade que o meio acadêmico deveria lutar pela efetivação.

Negar a diferença é negar a nós mesmos enquanto seres humanos impares. Estender esta negação à escola é almejar formar força de trabalho apenas e não cidadãos para formarmos uma sociedade melhor, menos odiosa, menos preconceituosa. Gênero, sexo, orientação sexual, entre outras nomenclaturas, nos definem enquanto seres humanos eivados de nuances, peculiaridades e diferenças; olvidas nossas crianças e jovens desses “detalhes” é nos condicionarmos a aprofundarmos a violência e a desigualdade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Teoria da semicultura. **Educação & Sociedade**, ano XVII, n. 56, p. 24-56, dez., 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. **A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-político da Democracia como Direito Fundamental**. 2012. f. 370. Tese (Doutorado em Direito). Centro Universitário de Bauru – ITE. Bauru/SP, 2012.

BIROLI, Flávia. **Família: novos conceitos**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 2, jul/dez. 2003.

BORTOLINI, Alexandre . **Diversidade Sexual na Escola**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão, 2008.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: pluralidade cultural, orientação sexual**. Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Parâmetros curriculares nacionais: Orientação Sexual**. Brasília: MEC/SEB, 1997b.

- BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: MEC, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2. versão. Brasília, 2014.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 447-448.
- CARVALHO, Marília Pinto de. Sucesso e fracasso escolar: Uma questão de gênero. Educação e Pesquisa, vol. 29, n.1 São Paulo Jan./Jun. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151797022003000100013&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151797022003000100013&script=sci_arttext&tlng=es)>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- DEMO, Pedro. De que escola estamos falando. **Revista de Educação**. CEAP – Ano X – N. 36 – Salvador, mar/mai 2002.
- DESSEN, Maria Auxiliadora; POLONIA, Ana da Costa. A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano. **Paidéia**, 2007, 17(36).
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 25.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GARRIDO, E.; PIMENTA, S.; MOURA, M. A pesquisa colaborativa na escola como abordagem facilitadora para o desenvolvimento da profissão de professor. In: MARIN, A. J. (Org.). **Educação continuada**. Campinas: Papirus, 2000.
- GOMBATA, Marsileia. Gênero: Uma construção social? **Carta Capital**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/genero-uma-construcao-social-2632.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- KRELL, Andreas Joaquin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- MARQUES, Ramiro. **Professores, família e projecto educativo**. Porto, PT: Asa Editores, 2001.
- MOREIRA, Adilson José (2010). “A construção jurídica da homossexualidade”. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010.
- ONU. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”** (Aprovado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1990, no décimo oitavo período ordinário de Sessões da Assembleia Geral), 1990.
- PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. *Educar em Revista*. n. 39, Curitiba, Jan./Apr. 2011.
- PIOVESAN, Flavia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(3): 887-896, setembro-dezembro/2008.

- PRAIS, Maria de Lourdes Melo. Democratização da gestão e qualidade social da educação: fundamentos da boa governança. Perspectivas em Políticas Públicas. Belo Horizonte. Vol. I, nº. 2, p. 167-176, jul-dez, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da Igualdade e da Diferença. **Oficina do CES**. n. 135 - 1999: Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais. Praça D. Dinis. Colégio São Jerónimo, Coimbra. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- SILVA, Frederico Barbosa da, JACCOUD, Luciana, BEGHIN, Nathalie. **Políticas Sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/questaosocial/Cap\\_8.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/questaosocial/Cap_8.pdf). Acesso em: 16 maio 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Movimentos Sociais e Conselhos. **Cadernos ABONG**, n. 7, jul./1996.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VELOSO, Cristina. **As garantias constitucionais das pessoas transexuais**. Birigui: Boreal, 2016.
- YOUNG, Iris M. “Five faces of oppression”. In: **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, p. 39-65, 2001. (Tradução livre nossa).
- \_\_\_\_\_. “O ideal de imparcialidade e o público cívico”. Trad.: Roberto Cataldo. Revisão de trad.: Flávia Biroli. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 9, Brasília, set./nov., 2012, p. 169-204.

# PAIS E FILHOS, UMA ANÁLISE DO DIREITO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO MODERNO

Matheus Conde PIRES<sup>1</sup>  
Laísa Fernanda CAMPIDELLI<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa busca uma reflexão acerca da sociedade contemporânea, na qual denota-se um distanciamento profundo entre os componentes da sociedade e um aumento exponencial do individualismo social. Tais reflexos afetam diretamente as relações sociais, inclusive os núcleos familiares. Diante desta perspectiva, é possível identificar que o distanciamento entre as pessoas gera uma ausência de empatia e, por conseguinte, uma falta de compreensão do papel do outro na sociedade. É neste cenário em que a alienação parental se apresenta com um sério problema familiar, prejudicando principalmente os interesses do menor envolvido. Assim, a presente pesquisa busca analisar em como se desenvolve a alienação parental no contexto moderno, desenvolvendo a reflexão de casos concretos e trabalhando a questão da mediação como principal instituto para o tratamento da problemática. Destaca-se que a presente pesquisa parte do método dedutivo, utilizando a pesquisa de estudiosos acerca à temática, além da análise de casos e da atual jurisprudência acerca da problemática tratada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Modernidade; Alienação Parental; Direito de Família;

## ABSTRACT

The following paper seeks a reflection on contemporary society, in which there is a profound detachment among the components of society and an exponential increase of social individualism. Such reflexes directly affect social relationships, including family nuclei. From this perspective, it is possible to conclude that the distance between people generates absence of empathy and, consequently, lack of understanding of the others role in the society. It is in this scenario that parental alienation presents itself as a serious family problem, mainly affecting the interests of the child involved. Thus, this research aims to analyze how parental alienation develops in the modern context, developing the reflection about real cases and working the issue of mediation as the main institute for the treatment of the studied problem. It should be emphasized that the research is based on the deductive method, using others papers about the same subject, besides the analysis of cases and the current jurisprudence regarding the problem.

**KEY WORDS:** Modernity; Parental Alienation; Family right;

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Profissionalmente atuou como estagiário no Patronato Municipal de Jacarezinho, no Gabinete da Reitora da Universidade Estadual do Norte do Paraná e no escritório de advocacia Saviani. Suas principais pesquisas acadêmicas são voltadas para a área do Políticas Públicas, Criminalidade e Representatividade atuando principalmente na área de segurança pública, métodos de penas alternativas e as relações estabelecidas entre indivíduos e Estado. Atuou como Vice Presidente no ano de 2015, como Presidente no ano de 2016 e como secretário do Diretório Acadêmico Octávio Mazzotti, órgão de representação dos discentes do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2017). Mestranda em Ciência Jurídica (linha de pesquisa Estado e Responsabilidade) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- Campus de Jacarezinho (2018-2019). Professora de Direito Civil e do Consumidor. Membro do Grupo de pesquisa GP CERTOS : Constitucional, Educacional, Relações do Trabalho e Organizações Sociais e do Grupo de pesquisa Violência: entre feminismo e infância. Tem interesse na área de Direito, com ênfase em Direito Civil. Pesquisa principalmente os seguintes temas: direitos e garantias fundamentais, direito de família, adoção e políticas públicas. Contato: laisacampidelli@gmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

Tem-se na sociedade contemporânea diversas transformações sociais que causam mudanças profundas nas relações interpessoais. Tais transformações causam à sociedade um avanço do individualismo e da ausência de empatia para com o próximo.

Neste cenário, impossível não associar que o esfacelamento dos laços sociais afeta diretamente os núcleos familiares, tornando o diálogo familiar uma ação por muitas vezes impraticável, causando problemas e marcas profundas principalmente no menor em desenvolvimento.

Destarte, o contexto contemporâneo como um todo, se mostra como um ambiente propício para o desenvolvimento das chamadas alienações parentais, na qual um dos cônjuges induz sua prole a não conviver com seu ascendente, não só dificultando visitas, mas também inculcando falsas memórias no menor.

Dessa forma a presente pesquisa em um primeiro momento busca identificar os motivos dos quais a modernidade se mostra como uma força fomentadora das alienações parentais, com o objetivo de encontrar as reais causas para a problemática.

Posteriormente, em um segundo momento o exposto trata de abordar de forma breve a alienação parental, desenvolvendo uma análise acerca de como ela se apresenta no seio familiar.

Para trazer uma análise condizente com a realidade, buscou-se apresentar casos concretos e reflexões sobre os mesmos, para uma melhor compreensão da problemática e como se dá o desenvolvimento desta na prática.

Por fim, tratou-se de trabalhar a questão da mediação, que mesmo tendo previsão legal na lei de alienação parental, ainda não possui uma efetivação necessária no cenário brasileiro.

Neste íterim, desenvolve-se uma análise crítica acerca da mediação familiar, nos casos de alienação parental, no contexto brasileiro contemporâneo a importância de sua efetivação, visto que este instituto se apresenta com o objetivo de aproximar as partes conflitantes para a solução do litígios, que no presente caso, afeta principalmente os interesses do menor.

### **1. A MODERNIDADE E SUA INFLUÊNCIA NA ALIENAÇÃO**

A modernidade e seus efeitos implicam diversas transformações sociais que afetam principalmente as relações e laços entre as pessoas. Para Bauman (2001, p. 23), os laços sociais são cotidianamente feitos e desfeitos pela volatilidade contemporânea.

Sendo assim, visto o esfacelamento da proximidade entre os indivíduos, Bauman (2001, p. 41) destaca o que faz da contemporaneidade um momento novo e diferenciado:

A primeira é o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão moderna: da crença de que há um fim do caminho em que andamos (...) A segunda mudança é a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerado uma tarefa para razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”).

Destarte, nota-se o *individualismo* como uma característica marcante da modernidade, sendo os indivíduos colocados cada vez mais à distância uns dos outros. Neste ínterim, Ulrich Beck (2010 p. 190) entende que esta individualização se manifesta de uma forma tripla:

*desprendimento* em relação a formações e vínculos sociais estabelecidos historicamente, no sentido de contextos e domínio e provimento (“dimensão da libertação”), *perda de seguranças tradicionais*, com relação a formas sabidas de atuação, crenças e normas de direcionamento (“dimensão do desencantamento”) e – com o que o sentido do conceito se converte em seu contrário – uma *nova forma de enquadramento social* (“dimensão do controle e da reintegração”)

Outrossim, na sociedade moderna se denota um destaque do indivíduo diante de todo grupo social, gerando, por conseguinte uma ausência de empatia para o próximo, ao mesmo tempo que estabelece uma sensação de insegurança constante. Fato é que:

Todas as medidas objetivas concebíveis mostram uma ascensão aparentemente irrefreável da proteção que os homens e mulheres da parte “desenvolvida” do globo usufruem em todas as três frentes em que se travam as batalhas em defesa da vida humana: contra as forças superiores da natureza, contra a debilidade inata de nossos corpos e contra os perigos que emanam da agressão de outras pessoas (BAUMAN, 2012, p. 118).

Conquanto, mesmo diante de toda a forma de segurança oferecida pela sociedade moderna, o indivíduo permanece preocupado diante do inexplorado, buscando irrefreavelmente por uma proteção absoluta.

Nesta perspectiva, os pais naturalmente buscam por aquilo que acreditam ser o melhor para os seus filhos, buscando evitar qualquer tipo de risco para estes, inclusive quando o referido risco venha de seu próprio ex-companheiro (a).

Importante, neste momento, o destaque de Bauman (2009, p. 13) para uma melhor compreensão da relação entre medo e indivíduo:

O mimado e paparicado “nós” sente-se inseguro, ameaçado e amedrontado, mais inclinado ao pânico e mais interessado em qualquer coisa que tenha a ver com tranquilidade e segurança que os integrantes da maior parte da sociedade que conhecemos. (BAUMAN, 2009, p. 13)

Assim sendo, as instabilidades tradicionais da vida contemporânea colocam o indivíduo em uma constante sensação de insegurança, fazendo com que os pais sejam ainda mais inflexíveis em se tratando de questões relacionadas aos próprios filhos.

Esta inflexibilidade pode ser entendida como um resultado da crença de que “com as capacidades adequadas e os esforços necessários, é possível obter uma segurança completa” (BAUMAN, 2009, p. 15).

Não obstante, diante das relações sociais complexas presentes na sociedade, se mostra improvável que seja possível a contabilização de todos os riscos possíveis. Nessa perspectiva Niklas Luhmann (2006, p. 17) faz a seguinte assertiva: “El mundo del sentido - el mundo social - no es sóloconstrucciondelhombre. Em esse mundo hay realidades emergentes, sinergias que escapan a laplaneación consciente de la atividade construtora del ser humano”.

Isto posto, nota-se que as referidas sinergias que fogem do controle do ser humano estabelecem um status de instabilidade e, por conseguinte, faz com que a busca por uma proteção total seja ineficaz. Sendo assim, os pais, naturalmente preocupados com seus filhos visam proporcionar, sem alcance, uma segurança que o proteja de todos os males modernos.

Em razão dessa busca infundável pela proteção própria e de seus descendentes, nota-se que quando as expectativas são frustradas “tendemos a imaginar maquinações hostis, complôs, conSPIrações de um inimigo que se encontra em nossa porta ou embaixo de nossa cama” (BAUMAN, 2009, p. 15).

É neste cenário em que ocorre a polarização das relações humanas, tornando o diálogo e o bom senso a última opção dentro de um relacionamento, fazendo com que, com o objetivo de proteger seus filhos, os pais passem a induzir sua prole, desenvolvendo o que conhecemos por alienação parental.

É frequente quando ocorre uma separação a produção de efeitos traumáticos, os quais, frequentemente, acompanham sentimentos de abandono, rejeição e traição. No momento em que não existe um desenvolvimento adequado do luto conjugal, inicia-se um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Por conseguinte, a prole é levada a rejeitar o genitor, e até mesmo, a odiá-lo. Representam-se como mecanismos de atingir o parceiro por meio da agressividade. Assim, o instrumento encontrado para compensar a rejeição, a destruição do estigma de amor eterno, termina recaindo sobre os filhos, dificultando ou atrapalhando que os pais com eles convivam (DIAS, 2018, *online*).

Nessa perspectiva, importante se faz a análise trazida por Beck (2010 p. 193):

*A simultaneidade de individualização, institucionalização e padronização ainda não é o suficiente para dar conta das situações individuais produzidas (...). Elas invadem a isolada esfera privada e as distintas esferas públicas. Já não são situações unicamente privadas, mas sim situações invariavelmente institucionais. Tem a contraditória dupla face de situações individuais institucionalmente dependentes.*

Assim sendo, nota-se que as necessidades, por mais que sejam individuais, invadem a esfera pública, envolvendo uma série de agentes. Em se tratando de interesse de crianças na questão de guarda, é imprescindível notar que para o pleno desenvolvimento da criança, mesmo que os pais sejam separados, é necessário que haja um certo diálogo.

Posto isto, é possível uma breve compreensão da situação na qual se desenvolve a alienação parental, sendo esta uma consequência do crescente individualismo paterno e aprioridade que as visões individuais passam a ter, deixando de lado não só o interesse do ex-companheiro (a), mas também os interesses da própria criança.

## **2. A ALIENAÇÃO NO SEIO FAMILIAR**

A criação de crianças e adolescentes de modo a assegurar-lhes um crescimento sadio deve ser prioridade da família, do Estado e da sociedade, conforme estipulação da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>. Assim, redefinir determinados conceitos e o real papel dos pais, que devem agir em conjunto, é essencial para que se atinja o melhor interesse do menor.

A alienação parental por parte da genitora pode ser favorecida pela cultura brasileira, a qual ainda tende a criar meninos e meninas com funções já predefinidas na sociedade e na família. Dias (2017, p. 24-25) explica que desde o nascimento as crianças já têm seus mundos definidos, seja pelo azul ou pelo rosa. As meninas ganham inúmeras bonecas e são motivadas à maternidade, como se aquela fosse sua principal função. Além disso, destaca-se o sentimento de propriedade, em relação ao filho, nutrido pela mulher durante a gestação, levando-a a acreditar que seria o elemento essencial para aquela criança, enquanto o pai ocuparia um papel secundário. Vemos, portanto, que a cultura sexista impõe a maternidade como missão à mulher e isso, muitas vezes, acaba por confundi-la.

Corroborando com este entendimento Arendt (2007, p.40) elucida de onde este fenômeno decorre:

O fato de que a manutenção individual fosse tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento dos alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitos à mesma premência da vida. Portanto, a comunidade natural do lar decorria da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as necessidades exercidas no lar.

Neste ínterim, levando em consideração este fenômeno, em conjunto com fatores culturais e religiosos predominantes na sociedade, é comum entre algumas mães a crença de que são fundamentais para o crescimento sadio de seus filhos, tratando a presença do pai como irrelevante ou menos importante. Trata-se, pois, de um pensamento equivocado, uma vez que a presença e participação de ambos são importantes para o desenvolvimento saudável do menor. Desse modo, destaca-se que, embora o outro não pareça ser o mais adequado para educar ou ditar ordens a criança em determinado momento, ele tem o direito de participar da criação do filho,

---

<sup>3</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

independentemente do juízo de valor que seja feito sobre isso. Destarte:

Ao romper-se o sonho do amor eterno, surge um perverso jogo de manipulações. De um modo geral, as crianças ficam sob a guarda materna. Ao pai é imposta a obrigação de pagar alimentos e lhe são deferidas escassas oportunidades de visitá-las, em dias e horários previamente estabelecidos. Nada mais lhe é concedido e os filhos acabam reféns da vontade da mãe. Quando o pai manifesta interesse em preservar a convivência com a prole, a mãe tudo faz para separá-los. Cria uma série de situações para dificultar ao máximo – ou impedir – a visitação. Os filhos tornam-se instrumentos da agressividade. Ou seja, são tratados como meros objetos, sem qualquer atenção ou preocupação com os seus sentimentos, desejos e necessidades (DIAS, 2017, p. 25).

Ocorre que, devendo-se buscar o melhor interesse do menor e sua proteção de forma integral, conforme disposto no artigo art. 227, caput, da Constituição Federal e art. 1º, do ECA, é, sem dúvida, relevante tratar das condutas dos genitores, que podem ser inadequadas ao crescimento saudável da prole, principalmente quando envolvem cenários de alienação parental.

Destaca-se ainda que a alienação parental também pode ser – e as vezes é – praticada pelo pai que detém a guarda. Todavia o papel do genitor que não possui a guarda na criação dos filhos não é secundário e nem se resume ao pagamento de alimentos. Conforme estipulação do artigo 1.583, § 3º, do Código Civil, ainda que a guarda seja unilateral, o outro genitor é obrigado a supervisionar os interesses dos filhos.

Corroborando com tal entendimento, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 17) deduz que “o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins”.

Não obstante, atualizando o entendimento, expõe Souza (2011, p.124) queo conceito de família se modificou e atualmente trata-se de uma preocupação muito mais vinculada ao afeto do que ao patrimônio. O autor denomina tal processo de “repersonalização do direito”, em que o ser humano efetivamente constitui o centro do universo jurídico, consubstanciando o atributo da dignidade da pessoa humana. Para ele, “a própria entidade familiar tem como um de seus principais pilares o afeto, tanto na determinação de sua formação quanto nas relações intersubjetivas desenvolvidas por seus membros, bem como na preservação de sua unidade”.

Dispõe de posicionamento semelhante Taturce (2006) que caracteriza o afeto como o principal fundamento das relações familiares. Pra ele, mesmo que a Constituição Federal de 1988 não tenha explicitamente falado da palavra afeto como um direito fundamental, é possível dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. Assim destaca que o princípio da afetividade é importantíssimo, uma vez quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

Tendo em vista justamente a compreensão da família como fonte de afeto e não

propriamente de recursos materiais, configura ato não favorável a isso, a prática, por parte de um dos genitores, de conduta não hábil ao melhor interesse do menor e à construção/ preservação do afeto.

Com a criação da Lei 12.318/2010, que versa sobre Alienação Parental, passou-se a buscar a responsabilização de quem age objetivando prejudicar o outro genitor. Tal medida visa a punir condutas que comprometem o sadio desenvolvimento da prole, uma vez que essas colocam em risco o equilíbrio emocional dos menores envolvidos. Assim, é “imperioso que o alienador sinta que há o risco de ser penalizado, caso reste evidenciadas práticas alienantes” (DIAS, 2017, p. 26). Os processos que versem sobre essa prática devem, inclusive, ter tramitação prioritária<sup>4</sup> face ao caráter lesivo que a situação pode causar à criança.

A Síndrome de Alienação Parental é um distúrbio da infância identificado pela doutrinação do menor, empregado por parte de um dos genitores, com o intuito de alienar o outro da vida do menor. Consiste em uma conduta aplicada de forma habitual e irresponsável que coloca em risco o psicológico e sadio desenvolvimento de uma criança. Outrossim, a alienação parental consubstancia-se em maltrato ou abuso; é um transtorno psicológico que se identifica pela soma de sintomas pelos quais um genitor, chamado de cônjuge alienador, converte a consciência de seus filhos, por meio de diversos mecanismos e estratégias de exercício, com o propósito de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, chamado de cônjuge alienado, sem que haja razões reais que comprovem essa atitude (SERAFIM; SAFFI, 2012, p. 93).

Conforme dispõe o Art. 2º da Lei 12.318/2010 é considerado ato de alienação parental “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância” com o intuito de que repudie seu genitor ou que acarrete prejuízo à construção ou à manutenção de vínculos com este. Como condutas exemplificativas de alienação parental são elencadas: a) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; b) dificultar o exercício da autoridade parental; c) dificultar contato da criança ou adolescente com genitor; d) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; e) omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; f) apresentar falsa

---

<sup>4</sup> Lei nº 12.318/2010 - Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

*Parágrafo único.* Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

denúncia contra genitor, contra familiares dele ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; e g) mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (hipóteses elencadas pelo citado artigo).

Trazendo à luz da discussão um caso concreto, nota-se um caso relevante no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual percebe-se, com base em estudos realizados com a genitora e a menor, que toda a descrita situação foi criada para prejudicar o genitor. É o que se extrai:

O Protocolo Rorschach por nós solicitado para avaliar a hipótese de alguma forma de distúrbio em algum ou alguns membros da família, concluiu que a criança e o pai se encontram dentro dos níveis de normalidade, com total possibilidade de convivência saudável, e que a criança não apresenta qualquer indício de estresse pós-traumático proveniente do relacionamento com o pai. **Que todos os anseios e inseguranças da menina se devem à convivência com o estendido conflito parental, sendo a mãe a maior responsável pela situação, denotando esta moderado distúrbio de ordem mental.** (BRASIL, 2018e)(grifo nosso)

Neste ínterim, é possível notar que a genitora trata de forma secundária o papel do pai no desenvolvimento da criança, não sugerindo em momento algum, “alguma forma de reaproximação entre pai e filha, dando a entender que sua pretensão é, de fato, anular a figura do pai na vida da criança, o que, por óbvio, não se pode admitir” (BRASIL, 2018e).

Conforme explica Souza o papel do jurista em situações que envolvam o afeto é essencial, uma vez que vai além de validar a posição dos vencedores naquele dado momento. Para ele é necessário nesses casos expressar um juízo de valores pois, caso não, normalizar-se-ia comportamentos criticáveis e, inclusive, impede-se a materialização de promessas constitucionais, uma vez que o jurista não é escravo da lei (SOUZA, 2011, p. 123-124). Assim, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto, o qual envolve o afeto, cabe ao juiz zelar pelo menor interesse do menor, preservando diversos valores constitucionais.

Nesse sentido Sarlet (2002, p.80) expõe que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”. Para Bauman (2004, p.73-74) quando se nega a dignidade humana, deprecia-se o valor de qualquer causa que precise dessa negação para afirmar a si mesma. Além disso menciona que o sofrimento de uma única criança é capaz de depreciar esse valor de forma tão radical e completa quanto o sofrimento de milhões.

Na jurisprudência acima citada, a mãe passou a ser vista pela criança como a única figura de segurança, o que pode prejudicar seriamente o futuro desta, conforme é reiterado:

20. Mais à frente, ela assevera que “No caso em tela, a sequência de fatos e a psicodinâmica da relação levam à consideração de que, no momento, dos pontos de vista psíquico e relacional, a criança denota progressiva repulsa pelo pai, tem sua imagem denegrida, está distanciada da família paterna e tem na mãe sua figura de segurança. Esta, consciente ou

inconscientemente, exerce significativa influência em seu comportamento e sentimentos, sendo nela depositado tudo o que há de bom, e, no pai, tudo o que há de mau, o que, se, no momento, **já aponta para uma criança prejudicada, emocionalmente, no futuro, poderá prejudicá-la, sob o prisma psicoemocional, de forma grave.** À medida que essa menina for crescendo, acabará por tomar consciência da situação, podendo rebelar-se também em relação à mãe, tendendo a ficar, portanto, órfã de pai e mãe vivos, em situação de luto ambíguo, que, mais do que o luto real, pode trazer consequências imprevisíveis na vida adolescente e adulta, prejudicando-a nas várias esferas da vida, inclusive na relacional, o que incluirá dificuldade na escolha de futuro parceiro amoroso (BRASIL, 2018e)(grifo nosso).

Com a prática de alienação parental sacrifica-se não somente o direito à convivência familiar da criança com ambos os pais, como também a sua integridade psíquica, a qual fica gravemente abalada por começar a acreditar que foi rejeitado, abandonado ou até vítima de abuso sexual, possibilidade mais grave de alienação parental (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 134).

Conforme Art. 6 da Lei nº 12.318 se forem identificados atos típicos de alienação parental ou qualquer comportamento que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá: a) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; c) estipular multa ao alienador; d) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; e) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; f) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; g) declarar a suspensão da autoridade parental. Possibilidades essas elencadas pelo citado artigo.

Os genitores agem de forma muito direta no comportamento da criança, servindo como modelos para ela. Se são ditas determinadas coisas a respeito do genitor e a criança não tem com ele contato, é natural que ela tenda a acreditar nas informações expostas, ou seja, há grande chance de ser influenciada. Posto isto, quando ocorre a situação narrada, os laudos – os quais são solicitados em caso de indício da prática de alienação parental<sup>5</sup> – tendem a desenvolver a seguinte:

22. Nesse diapasão, como bem ponderado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, “O caso se arrasta desde 2013 - quando então a pequena tinha apenas três anos de idade. Ora se a convivência com o pai sempre foi anulada, de onde a criança retira tantos e tão fortes elementos informadores para ser contra todo e qualquer contato com o pai? Afinal houve algum fato concreto que justificasse tamanha reação? A resposta, infelizmente, é não” (BRASIL, 2018e).

<sup>5</sup> Lei nº 12.318 - Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Com o fim da relação conjugal, por muitas vezes, restam, como já mencionado, em uma das partes, ressentimentos com relação ao antigo cônjuge/companheiro, esse fato é prejudicial à prole quando não dosado da forma adequada. Bauman (2004, p. 10) destaca que em virtude da “individualização” constante na modernidade, os relacionamentos se tornaram bênçãos ambíguas, as quais oscilam entre o sonho e o pesadelo. Para ele, os dois coabitam embora em diferentes níveis de consciência. A narrada situação é perceptível na realidade dos menores em contexto de alienação parental, o sonho da família se desconfiou transformando-se em um complexo pesadelo em que um dos pais é o vilão. Essa ocorrência fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável<sup>6</sup>, preocupação principal da referida lei.

Outrossim, é possível compreender que a alienação parental é um problema intrínseco, apresentando uma ocorrência preocupante. Destarte, não se pode deixar de lado uma questão importante como esta, visto os malefícios que podem ser trazidos à vida de uma criança, principalmente em se tratando de seu desenvolvimento pleno.

Posto isto, o presente trabalho, busca em um capítulo posterior desenvolver uma análise crítica em relação à atuação do direito em relação à problemática apresentada, buscando métodos jurídicos para a diminuição de riscos quando se apresenta a alienação parental.

### **3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

A alienação parental atinge o direito fundamental do menor à convivência familiar de forma saudável. Para que o direito seja empregado de modo à atender as demandas da sociedade, estuda-se como ocorre essa prática no âmbito judiciário por meio da análise jurisprudencial.

O primeiro caso fático (BRASIL, 2018d) a ser analisado se trata de uma criança sob a guarda paterna em que a genitora ajuizou ação de guarda ao se ver impedida de aproximar-se de sua filha diante das condutas praticadas reiteradamente pelo genitor. Além do fato de todas as tentativas de conciliação e de possibilitar o convívio entre mãe e filha serem frustradas, em virtude de ter ocorrido os comportamentos descritos como alienação parental por parte do genitor, esse se demonstrou em juízo agressivo e resistente<sup>7</sup>. A situação se tornou tão desgastante para a genitora que essa acabou desistindo da primeira ação de guarda da criança face ao esgotamento e à constante

<sup>6</sup> Lei nº 12.318 - Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

<sup>7</sup> [...]“características paternas marcadas de agressividade e controle criam condições de submissão consciente e inconsciente da filha, que sente-se, também, abandonada e totalmente dependente do pai...Todos os elementos disponíveis indicam a ocorrência de Alienação Parental em relação à figura materna. O acompanhamento psicológico da menor por profissional de confiança do Juízo é indicado no sentido de reorganizar os laços familiares ...visando, a curto prazo, reversão da guarda.” fls. 124/126 da ação de guarda em apenso.[...](BRASIL, 2018d).

ameaça sofrida. O laudo social<sup>8</sup> mostra, dentre outras coisas, que o genitor manipulou os fatos da separação e mantinha um poder autoritário e persuasivo sobre a filha. Como consequência ocorreu afastamento do convívio materno, que prejudicou a formação psicológica da criança e resultou na carência materna. Destaca-se ainda o fato de a menina ter escrito de próprio punho que quando residia com o genitor era impedida de conviver com a genitora. Configurou-se, portanto, a alienação parental:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. Na hipótese, a forma como procedeu o genitor, em completo desrespeito à própria filha, impedindo o convívio da filha com a mãe, e plantando falsas memórias contra a genitora, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. APELO DESPROVIDO. (BRASIL, 2018d).

Porém, enumera-se que nem todos os casos existe a ocorrência de alienação parental, demandando, portanto, cautela na análise fática. É o caso em que o genitor suscita essa possibilidade apenas para reverter à guarda ou ter outro proveito com a suposta incidência de alienação parental.

Para elucidar essa situação propõe-se a análise do segundo caso (BRASIL, 2018a) em que após a separação do casal, a filha ficou sob a guarda exclusiva da genitora com visitas ao genitor. É alegado que a genitora procedia de modo a impedir ou prejudicar o convívio entre pai e filha<sup>9</sup>, sem

---

<sup>8</sup> No laudo social das fls. 121/5, realizado em 23/03/2016, A[...] não aceitou a visita das peritas em sua residência, exceto se os valores dos alimentos da menor fossem liberados, uma vez que bloqueados pelo juízo. As peritas foram obrigadas a realizar a avaliação da menina R[...] na escola, e no momento em que estava sendo ouvida, A[...] entrou “furioso” na sala de aula da filha e não a encontrando, foi pedir satisfação aos funcionários do colégio, gritando porque a escola permitiu a entrada das peritas. Mesmo estando ciente da nomeação da nomeação para a realização da avaliação, intimou as peritas de modo agressivo, gritando e dizendo que a menina fez já várias avaliações e todas foram distorcidas, esperando que fosse relatada a verdade. Em conversa, R[...] disse que sua mãe abandonou o pai e foi embora com outro homem e ela não deseja conviver com o companheiro da mãe e também não quer saber do irmão. Disse que o pai é maravilhoso e não lhe deixa faltar nada. R[...] disse que seus pais se separaram quando ela tinha 11 anos (nascida em [...]), a mãe saiu de casa levando-a consigo para a casa da avó materna, onde era maltratada, ficava solta na rua e atravessava a ponte da [...] para passar o dia na casa do dindo, uma vez que a mãe “não lhe dava bola”. Disse que a mãe batia nela e a avó lhe chamava de lixo, tendo ido passar o final de semana com o pai e decidido não mais retornar para a casa materna. Referiu que a mãe não a visitava porque não queria e sempre arrumava desculpas para não vir buscá-la. Defende o pai em todos os sentidos, afirmando que nunca foi proibida de manter contato com a mãe, foi sua mãe que nunca fez questão de visitá-la, inclusive foi feito acordo judicial para a mãe buscá-la uma vez por semana na escola para passear, após a aula, e a mãe só veio uma vez. R[...] disse que a última vez que viu a mãe foi em audiência, quando esta referiu que não tinha mais filha e estava desistindo do processo de guarda. R[...] manifestou a vontade de conviver com a mãe uma vez por semana, para passearem, sem ir à casa materna, pois não quer conviver com o companheiro da genitora e com o irmão, desejando também manter o contato telefônico. A genitora, em contato, referiu que estava morando em outro Estado e que gostaria muito de passar as férias escolares com a filha. Disse que inviabilidade das visitas vai esperar a filha se tornar maior de idade para que possam conviver sem a interferência do genitor. Em resposta aos quesitos formulados pelo Ministério Público, foi constatada a existência da alienação parental de grande extensão, que vem sendo exercida desde a separação do casal, quando a menor estava com 11 anos, estando agora com 14 anos. O requerido sempre manipulou os fatos da separação e detém um poder autoritário e persuasivo sobre a filha. A consequência é o afastamento do convívio materno, prejudicando a formação psicológica da menor, sendo que R[...] possui carência materna, fato referido pela Diretora da escola e por dona R[...], a senhora que sempre cuidou da menor) (BRASIL, 2018d).

<sup>9</sup> [...]Aduzira que, não obstante ter tentado conduzir a situação com cautela e parcimônia, ainda assim enfrentara

qualquer preocupação dela com a possibilidade de consequências lesivas dos atos que praticava, que atingiam, inclusive, a criança. Porém após a análise do caso<sup>10</sup> pode-se perceber que apesar de ter ocorrido um evidente afastamento entre a menor e o genitor ao longo do tempo<sup>11</sup>, o enfraquecimento do vínculo processou-se devido aos atos praticados pelo próprio genitor, que permaneceu ausente na vida da criança, enfatizando que não houve alienação parental e que a melhor medida a assegurar o interesse da menor era a sua preservação com a mãe. Nesse sentido:

[...] Elidida a subsistência de qualquer fato passível de ensejar a qualificação da alienação parental vitimando o genitor, a pretensão que formulara almejando o reconhecimento da sua ocorrência deve ser refutada, e, como corolário, ser preservada a situação de fato vigorante, na qual a filha, desde o nascimento, vive sob a guarda da genitora, notadamente quando a prova técnica atestara que é feliz no ambiente familiar em que vive, recomendando, ainda, que seja realizada construção destinada ao restabelecimento dos vínculos afetivos entre pai e filha, devendo o sistema de guarda vigorar como forma de ser privilegiado o interesse da menor como expressão da proteção integral que lhe é reservada. [...] (BRASIL, 2018a).

Nesse caso, como se pode perceber, apesar de existir a necessidade de estruturação com o fim de restabelecer os vínculos afetivos entre pai e filha, não houve caracterização da alienação parental. Importante, portanto, a cautela por parte do judiciário quando a questão envolve o afeto, priorizando sempre o melhor interesse do menor.

Em se tratando de adolescente também deve ser mencionada a questão de que a ele cabe

---

obstáculos, tais como: (i) as viagens da filha com a mãe em datas definidas como de visita do pai, com aviso por telegrama nas vésperas das viagens, nos seguintes termos: “A. F. P. F poderá ser encontrada nos dias xx/xx no endereço tal”; (ii) retirada da criança da creche [...] quando tivera conhecimento de que o pai a visitava em meio às semanas; (iii) proibição da direção do colégio [...] de permitir o acesso do pai para ver a filha; (iv) instigação do seu atual marido a ameaçá-lo e ofendê-lo e mediante a transferência a ele da incumbência de entrega e recebimento da menor nos dias que se dispunha a permitir que visitasse a filha, e, ainda, com a inscrição da menor como dependente do padastro no seu plano de saúde; e (v) frustração de inúmeros encontros entre pai e filha por conta de alegadas enfermidades da criança, compromissos religiosos e escolares, aniversários de colegas, dentre outras justificativas, motivos pelos quais o encorajara a ajuizar a referida ação. Relatara, ainda, vários acontecimentos ocorridos no aludido processo, na sua vida e na da menor no período, que, no seu entender, foram utilizados de forma distorcida pela guardiã, citando como exemplos a não entrega de brinquedos e não aceitação do cartão anual de dependente da filha no seu plano de saúde.[...](BRASIL, 2018a)

<sup>10</sup> [...]3. Apreendido do contexto probatório que, ao invés de a genitora ter intercedido na formação da filha menor que ficara sob sua guarda com o propósito deliberado de nela ensejar a germinação de sentimentos de indiferença ou repulsa em relação ao genitor, a indiferença nutrida atualmente pela menor, já entrada na adolescência, em relação ao pai derivara precipuamente da conduta por ele assumida, pois sempre fora ausente dos eventos da vida da filha, transmudando o relacionamento entre pai e filha num fomento de litígios judiciais estabelecidos entre os genitores, torna-se materialmente inviável o reconhecimento de fatos aptos a ensejarem o reconhecimento da alienação parental ou síndrome da imputação de falsa memória.[...](BRASIL, 2018a).

<sup>11</sup> [...]Sustentara que a partir de junho de 2010 o autor envidara tentativas destinadas a fazer valer sua vontade pelo uso da força, principalmente por intermédio do manejo de processos judiciais, ao invés de reconquistar a admiração de sua filha, já adolescente. Defendera, com base no alegado, a não ocorrência de atos de alienação parental, pois o afastamento do autor da filha deu-se única e exclusivamente em razão de suas próprias condutas, ou seja, ocorrera uma “auto-alienação”, o que levaria a menor, inclusive, a escrever uma carta ao juiz da causa de próprio punho. Aduzira, alfim, que o autor necessita de um tratamento especializado para que aprenda a lidar com a situação que fora criada por ele mesmo e providencie uma mudança de comportamento, para que, assim, possa, quem sabe, reconquistar o amor da filha e pare de colocar a culpa no mundo inteiro, sem enxergar seus próprios erros, como se estivesse tudo errado, o que não está, haja vista que a menor já concluíra o 9º ano no Colégio [...] e cursa o ensino médio no mesmo centro de ensino, apresentando ótima conduta escolar atestada pelo diretor, além de ser uma adolescente meiga, sociável, e, principalmente, feliz.[...](BRASIL, 2018a).

decidir se quer ou não visitar o outro genitor<sup>12</sup>. As decisões devem respeitar o melhor interesse do infante, que está acima do interesse dos genitores, e no caso de adolescentes já possuem idade suficiente para discernir.

Além disso a alienação parental pode partir de parentes próximos à criança e ao adolescente, não se limitando aos genitores. É da situação fática abaixo transcrita em que a tia e a avó fizeram notificação de abuso sexual sem na verdade ter ocorrido de fato, tendo, inclusive, contado para outras pessoas do condomínio a suposta ocorrência do crime, o que gerou danos na criança:

[...] conforme laudo psicológico realizado no Ministério Público, a menor foi exposta perante todo o condomínio da avó e tia paternas (index. 15 – fls. 21): V[...] reclama que todas as vezes que viu a avó e a tia, elas só falam sobre esse assunto e isso a está perturbando muito. V[...] relata que está com vergonha de ir ao condomínio em que a avó mora, pois esta contou para todo mundo o que aconteceu (BRASIL, 2018b)

Assim com base na análise pode-se perceber que existe a necessidade de cautela com relação as acusações feitas por um dos genitores, uma vez que nem sempre são verídicas. Além disso deve-se primar pelo melhor interesse do menor, que se mostra como maior interessado no conflito entre os genitores.

#### **4. DO CONFLITO AO DIÁLOGO DOS PAIS**

Diante do exposto nos capítulos anteriores, nota-se que a alienação parental, pode ser identificada como um reflexo da modernidade, na qual o individualismo de um dos genitores faz com que este não entenda o papel fundamental que o outro exerce no desenvolvimento do menor.

Destarte, para contrapor o distanciamento entre os indivíduos trazidos pelo mundo contemporâneo e suas conseqüentes problemáticas, é importante que o direito produza mecanismos que estreite os laços sociais.

Neste cenário é que a mediação toma um destaque especial, se mostrando uma alternativa em que:

um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma decisão mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado. (CALMON, 2007, p. 119)

Outrossim, a mediação se faz presente no momento em que ao menos duas pessoas se

---

<sup>12</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO PARENTAL. DECISÃO QUE AUTORIZA O ADOLESCENTE A DECIDIR SE QUER OU NÃO VISITAR O PAI. MANUTENÇÃO. Não houve revogação/modificação do ajuste de visitas, que continua regulamentado aos finais de semana alternados, na residência paterna. Objetivou-se, em verdade, preservar a vontade do adolescente, que conta hoje 13 anos de idade, de ir ou não visitar o pai. A decisão atacada não tem o condão de impedir a convivência entre pai e filho, mas sim de respeitar o melhor interesse do adolescente. Eventual manipulação do adolescente pela genitora é absolutamente reprovável e configuraria alienação parental, circunstância que deve ser devidamente investigada e comprovada, mediante ampla dilação probatória. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, 2018c).

apresentam buscando a solução de um problema sob o auxílio de um terceiro imparcial. Interessante notar que a mediação não exige formalidades específicas, tornando-a mais fácil de ser realizada. Importante o destaque de que o mediador possui a responsabilidade de sigilo, não podendo divulgar informações acerca do processo.

Diante desta perspectiva, buscando evitar ou minimizar as consequências da alienação parental o Estado possui condições de instituir por meio de sua jurisdição criar centros de mediações, capacitando profissionais e fomentando o estreitamento dos laços familiares.

Destaca-se o fato, do mediador não possuir poder de decisão, o papel desta figura é facilitar o diálogo e a resolução do conflito pela própria autonomia das partes. Para tanto, o mediador deve focar as discussões na lide estabelecida, contendo os ânimos dos envolvidos para não instigar a produção de maiores problemas.

Para Petrônio Calmon (2007, p. 125), a mediação é um meio idôneo para garantir uma coletiva atuação:

Considerando que a participação social é um dos escopos do processo, ainda distintamente de ser plenamente atingido, torna-se claro que, ao serem oferecidas diversas alternativas, à solução dos conflitos, amplia-se a possibilidade de participação popular no sistema de decisões.

Nota-se, portanto que a mediação torna a resolução do conflito mais próxima da realidade social, efetivando uma justiça harmônica, além de ser mais célere e com um menor custo econômico. Neste entendimento Calmon (2007, p. 127) ainda destaca os objetivos principais da mediação em questões familiares:

Os objetivos da mediação familiar são: a continuação das relações paternas, para manutenção da estabilidade e significativos relacionamentos do filho com ambos os pais; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem a diante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permite manter um nível de respeito recíproco entre os pais.

Diante do exposto, nota-se que de forma simplificada a mediação possui como objetivo o estreitamento das relações familiares, ou seja, reatar os laços desfeitos entre os entes familiares diante da sociedade contemporânea em que vivem.

Não obstante, para que tal objetivo seja alcançado é importante destacar os princípios basilares da mediação. Petrônio Calmon (2007, p. 122), faz esse trabalho, enumerando cinco princípios, como seguem a seguir: voluntariedade, consentimento informado, autodeterminação, imparcialidade, confidencialidade.

Os três primeiros princípios enumerados visam garantir às partes controle ao processo, protegendo o direito de se iniciar e terminar uma mediação, acesso à informação e o poder de

determinar o problema e suas prioridades, para assim atingir a solução pretendida em conjunto. Os demais princípios, visam a atuação do mediador, buscando sua imparcialidade e o sigilo das informações pertinentes à intimidade dos envolvidos na lide.

Assim sendo, é possível identificar, que os princípios que servem como balizas à mediação se mostram como vantajosos aos utilizadores do instituto, visto que estes possuem uma maior autonomia e participação no processo, tornando-o mais barato e ágil. Entretanto, o Brasil, ainda não apresenta uma cultura mediadora, por acreditar que os meios judiciais sejam mais eficazes para assegurar direitos (DIAS, 2007, p. 81)

Corroborando para com o entendimento das benéficas da mediação, Águida Arruda Barbosa (2003, p 342) proferiu a seguinte assertiva:

a mediação familiar pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizaram pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe.

Diante disto, a mediação se coloca como medida em destaque ao passo que as questões controvertidas atingem, principalmente, questões existenciais. Nesse sentido, a mediação oferece aos envolvidos um momento para o desenvolvimento de um acordo em comum, havendo concessões recíprocas, sem uma imposição autoritária, atendendo a necessidade de ambos, principalmente a da criança, maior interessada e atingida pelo litígio de um casal.

Como visto nos capítulos anteriores, a alienação parental, fomentada por uma sociedade contemporânea individualista, pode ser estabelecida no decorrer de um litígio envolvendo a guarda de um menor. Agravando a situação, a ausência de diálogo e de empatia entre o casal pode gerar desentendimentos contínuos e prejudicar ainda mais os filhos resultantes deste relacionamento. Como já dito, isso decorre também, da incompreensão de um cônjuge do papel do outro no desenvolvimento de uma criança

Por este mesmo motivo, que a lei 12.318/10 previu a mediação, entretanto a cultura judiciária ainda apresenta um óbice para a *práxis* deste instituto.

## CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, buscou-se analisar a sociedade contemporânea e os efeitos de suas transformações sociais no relacionamento entre as pessoas, para que fosse possível a compreensão do cenário em que a alienação parental se desenvolve. Diante desta perspectiva, identificou-se na modernidade características que fomentam o distanciamento entre as pessoas e, por conseguinte, a diminuição de empatia para com o próximo.

No âmbito familiar os reflexos não são diferentes, o *individualismo* invade os núcleos

familiares distanciando os membros desta instituição. Destarte, identifica-se o menor como maior vulnerável da situação apresentada, visto que este ainda não se encontra em completo desenvolvimento.

Nesta perspectiva em um momento secundário da pesquisa, busca-se analisar o desenvolvimento da alienação parental no núcleo familiar, para uma melhor compreensão da problemática. Assim, observa-se que com a Constituição Federal de 1988, a família passou a constituir-se de afeto e não apenas de recursos materiais, sendo, portanto, ambos os genitores responsáveis pela criação e pelo desenvolvimento da prole, estando ou não com a guarda.

Nesse sentido é fundamental para o crescimento sadio de toda criança e de todo adolescente estar em contato com ambos os genitores, mas que além disso, esses dialoguem de modo a assegurar o bem-estar e o melhor interesse do menor, afastando questões e interesses pessoais em prol disso.

Considerando-se que a criança e o adolescente estão em formação, a alienação parental constitui situação grave que, além de afastar o convívio entre o menor e um dos genitores, acaba por criar memórias falsas e até mesmo sentimento de rejeição, que poderá pendurar por toda a vida. Sendo, portanto, evidente o dano psicológico provocado ao menor que é exposto à alienação parental e que a situação deva ser tratada com cautela.

Não obstante, visando uma análise mais profunda, busca-se no terceiro capítulo a utilização de casos concretos para que seja possível estabelecer uma visão condizente com a realidade fática. Com relação à análise jurisprudencial foi possível perceber que existe a necessidade de uma investigação criteriosa, pois é fundamental que se prove a ocorrência de alienação parental para somente assim poder aplicar as consequências previstas pela Lei 12.318/2010, sempre priorizando o interesse do menor.

Posto isto, é possível identificar o ambiente em que se apresenta a alienação parental, suas causas, inclusive àquelas inerentes à sociedade contemporânea. Ou seja, diante da pesquisa elaborada é possível identificar o *individualismo social* como motor propulsor do esfacelamento dos laços entre os indivíduos, e por conseguinte, do estabelecimento da alienação parental. Outrossim, é possibilitado na pesquisa observar a problemática na prática, por meio dos casos apresentados, e a coadunação dos casos com a hipótese apresentada.

Por fim, em um último momento, visto o distanciamento entre os atores sociais instituidores da família, apresenta-se a mediação como mecanismo capaz de reatar, ou ao menos reaproximar os laços entre os genitores, como a finalidade de proporcionar ao menor o pleno convívio familiar, garantindo assim seu devido desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. 10.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Uma vivência interdisciplinar. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**, Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 339-346.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Confiança e medo na Cidade**. Trad. AGUIAR, Eliana. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. NASCIMENTO, Semastião. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL. **Constituição da 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: 15jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em 15 de jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 15 de jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)>. Acesso em 15 de jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Dos Territórios. Apelação Cível nº.

2010.01.1.188165-5. Relator: Des. Teófilo Caetano. Brasília-DF, 13 de novembro de 2013. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jul. 2018a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 0086180-

94.2012.8.19.0001. Relator: Des. Flávia Romano de Rezende. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2017. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 jul. 2018b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº

70076301381. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 24 de maio de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 jul. 2018c.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70076918309. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 25 de abril de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 jul. 2018d.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2145426-19.2017.8.26.0000. Relator: José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 5 de junho de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jul. 2018e.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto** – Questões Jurídicas. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_.**Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade del Risco**. México: UniversidadIberoamericana, 2006.

MORAIS, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, pp. 117-139, set./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O direito ao afeto como direito da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, dez. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30732>> . Acesso em 27 de junho de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <[http://ww.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://ww.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc)> . Acesso em: 10 jul. 2018.