

ERASMO CARLOS AMORIM MORAIS
Organizador

SABER JURÍDICO

EXPERIÊNCIA DE PESQUISA, EM DIREITO,
NO BRASIL CONTEMPORÂNEO



EdUESPI

ERASMO CARLOS AMORIM MORAIS
Organizador

SABER JURÍDICO

EXPERIÊNCIA DE PESQUISA, EM DIREITO,
NO BRASIL CONTEMPORÂNEO



EdUESPI

ERASMO CARLOS AMORIM MORAIS
Organizador

SABER JURÍDICO: experiência de pesquisa,
em direito, no Brasil contemporâneo



EdUESPI



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI

Evandro Alberto de Sousa
Reitor

Jesus Antônio de Carvalho Abreu
Vice-Reitor

Mônica Maria Feitosa Braga Gentil
Pró-Reitora de Ensino de Graduação

Josiane Silva Araújo
Pró-Reitora Adj. de Ensino de Graduação

Raurys Alencar de Oliveira
Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

Fábia de Kássia Mendes Viana Buenos Aires
Pró-Reitora de Administração

Rosineide Candeia de Araújo
Pró-Reitora Adj. de Administração

Lucídio Beserra Primo
Pró-Reitor de Planejamento e Finanças

Joseane de Carvalho Leão
Pró-Reitora Adj. de Planejamento e Finanças

Ivoneide Pereira de Alencar
Pró-Reitora de Extensão, Assuntos Estudantis e Comunitários

Marcelo de Sousa Neto
Editor da Universidade Estadual do Piauí



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI



Rafael Tajra Fonteles **Governador do Estado**
Themístocles de Sampaio Pereira Filho **Vice-Governador do Estado**
Evandro Alberto de Sousa **Reitor**
Jesus Antônio de Carvalho Abreu **Vice-Reitor**

Conselho Editorial EdUESPI

Marcelo de Sousa Neto **Presidente**
Algemira de Macedo Mendes **Universidade Estadual do Piauí**
Antonia Valtéria Melo Alvarenga **Academia de Ciências do Piauí**
Antonio Luiz Martins Maia Filho **Universidade Estadual do Piauí**
Artemária Coêlho de Andrade **Universidade Estadual do Piauí**
Cláudia Cristina da Silva Fontineles **Universidade Federal do Piauí**
Fábio José Vieira **Universidade Estadual do Piauí**
Hermógenes Almeida de Santana Junior **Universidade Estadual do Piauí**
Laécio Santos Cavalcante **Universidade Estadual do Piauí**
Maria do Socorro Rios Magalhães **Academia Piauiense de Letras**
Nelson Nery Costa **Conselho Estadual de Cultura do Piauí**
Orlando Maurício de Carvalho Berti **Universidade Estadual do Piauí**
Paula Guerra Tavares **Universidade do Porto - Portugal**
Raimunda Maria da Cunha Ribeiro **Universidade Estadual do Piauí**

Marcelo de Sousa Neto **Editor**

Autores **Revisão**

Amanda de Albuquerque Lima/ **Capa e Diagramação**

Erasmoo Carlos Amorim Moraes

Editora e Gráfica UESPI **E-book**

Endereço eletrônico da publicação: <https://editora.uespi.br/index.php/editora/catalog/book/191>

S115 Saber jurídico: experiência de pesquisa, em direito, no Brasil contemporâneo / Erasmoo Carlos Amorim Moraes, organizador. – Teresina: EdUESPI, 2024.
315 p.

ISBN versão digital: 978-65-81376-46-8

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Garantias fundamentais.
4. Educação inclusiva. 5. Pesquisa e inovação.
I. Moraes, Erasmoo Carlos Amorim (Org.). II. Título.

CDD: 340.81

Ficha Catalográfica elaborada pelo Serviço de Catalogação da Universidade Estadual do Piauí - UESPI
Nayla Kedma de Carvalho Santos (Bibliotecária) CRB 3ª Região / 1188

Editora da Universidade Estadual do Piauí - EdUESPI

Rua João Cabral • n. 2231 • Bairro Pirajá • Teresina-PI

Todos os Direitos Reservados

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	08
A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS <i>Aldane Ibiapina Gomes Monteiro</i>	11
A POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR INDIGNIDADE EM VIRTUDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER <i>Amanda de Albuquerque Lima</i> <i>Gabriel Luiz Araújo dos Santos</i> <i>Pedrita Dias Costa</i>	38
ABANDONO AFETIVO PATERNO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA <i>Amanda Veras Mendes</i> <i>Otávio Brandão Moura</i>	71
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE AOS CRIMES TIPIFICADOS NA LEI Nº. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 (LEI DE DROGAS) <i>Brenda Macêdo Correia</i> <i>Erasmus Carlos Amorim Moraes</i> <i>Fernando Sobrinho Oliveira</i>	91

**O IMPACTO DA AUTOMAÇÃO E DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO VÍNCULO LABORAL NO BRASIL**

Dione Cardoso de Alcântara

Biatriz Ribeiro de Sousa

Mônica de Moraes Abreu

118

**EUTANÁSIA: CONFLITOS ENTRE DIREITO À VIDA E
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DO DIREITO
BRASILEIRO**

Joana Dara Carvalho Sousa

149

**CRIME COM PENA DE MORTE: UM DEBATE SOBRE A
LEGALIZAÇÃO E GARANTIAS DE ABORTO SEGURO PARA
PESSOAS QUE GESTAM.**

Rhilenne Gomes Feitosa

Erasmo Carlos Amorim Moraes

184

**EMPREENDEDORES DE SI: A RESPONSABILIDADE
JURÍDICA DOS TOMADORES DE SERVIÇOS EM FACE DOS
TRABALHADORES UBERIZADOS**

Rodrigo Crispim Marques

221

**A SUPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER
HUMANO NA OBRA 1984 DE GEORGE.**

Samylla de Sousa Pereira

252

**O SACRIFÍCIO ANIMAL EM RITUAIS RELIGIOSOS: UMA
ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO
DO STF NO RE 494.601 (1960)**

Santiago da Silva Gonçalves

279

APRESENTAÇÃO

Ao imergir nas páginas desta obra, o(a) leitor(a) será convocado a embarcar em uma jornada através do intrincado labirinto do sistema jurídico brasileiro recente. "Saber Jurídico: Experiência de Pesquisa, em Direito, no Brasil Contemporâneo" não é apenas um compilado de artigos, mas uma exploração profunda das diversas nuances, provocações e propriedades que permeiam a prática e o estudo do Direito no Brasil de hoje.

Na atualidade, o contexto legal está em constante evolução, é imperativo que os estudiosos e profissionais do direito se mantenham atualizados e engajados com as complexidades do sistema jurídico brasileiro. Este livro serve como um norte, delineando os caminhos diversos e revelando *insights* valiosos que contribuem e enriquecem a nossa compreensão coletiva do direito e da justiça.

O livro é iniciado com um artigo de tema essencial, a Educação Inclusiva, o estudo propõe uma reconsideração sobre o Direito à educação no âmbito constitucional, uma leitura, com os olhos voltados para o caráter de fundamentalidade da dignidade humana. A seguir, uma matéria relevante que precisa ser encarada: A possibilidade de exclusão sucessória por indignidade em virtude de violência doméstica contra a mulher, aqui se descortina toda a legislação, a hermenêutica atinente à indignidade, uma leitura essencial, para fortalecer o combate à violência de gênero.

Atualmente, a questão do afeto é ponto determinante nas relações familiares, e isso irradia para as demais áreas do Direito, uma conjectura considerada no artigo que trata sobre Abandono afetivo, onde são analisados os impactos emocionais e

psicológicos e delineada toda a repercussão no âmbito da Responsabilidade Civil. Continuando, será encontrado um artigo que despertará no(a) leitor(a), uma reflexão sobre o campo da adequação social: O princípio da insignificância e os crimes tipificados na Lei 11.343/2006.

Outro tema, que a seara jurídica se depara hodiernamente é o que está descrito no artigo que aborda o Impacto da automação e da inteligência artificial no vínculo laboral no Brasil, pois a automatização, o uso dos sistemas de inteligência artificial, o avanço da robótica e a demanda por habilidades digitais exige uma adequação da legislação, trabalhadores, empregadores e governo.

Já adentrando na vertente do trabalho que trata sobre: Eutanásia- conflitos entre o Direito à vida e dignidade da pessoa humana à luz do direito brasileiro, deparamo-nos, com a ponderação da legislação, documentos internacionais e o exame do direito a uma morte digna. Nessa mesma linha de pauta, será analisado o trabalho seguinte: Crime com pena de morte, um debate sobre a legalização e garantias de aborto seguro para pessoas que gestam, uma leitura vasta sobre legislação, discussões doutrinárias e questões como a moral e religião que repercutem no tema.

Outro ponto que é instigante e atual é o que aborda a questão dos trabalhadores de transporte por aplicativo, com o título: Empreendedores de si: A responsabilidade jurídica dos tomadores de serviços em face dos trabalhadores “uberizados”, vislumbra a digitalização do trabalho e a repercussão da flexibilidade na execução dessas atividades além da repercussão econômica.

Com uma retórica, quase sinônimo de análise de discurso, encontra-se o artigo que trata sobre: A supressão dos direitos fundamentais do ser humano na obra de 1984 de George Orwell, o estudo promove uma reflexão sobre diversos temas e apresenta um perfil interseccionando vários textos, tendo como ponto principal a obra Orwelliana.

Renomados profissionais integram a presente obra, que trata das questões de direitos humanos, com repercussão nas diversas áreas jurídicas, que são desafios enfrentados pelo sistema judicial, sempre presente nos debates sobre legislação e como ocorre da aplicação à prática da lei. Cada tópico abordado oferece uma lente única através da qual se pode examinar e compreender melhor a complexidade do sistema jurídico brasileiro.

A obra: "Saber Jurídico: Experiência de Pesquisa, em Direito, no Brasil Contemporâneo" tem potencial para ser mais do que um livro, se torna um verdadeiro consorte, na busca por uma compreensão mais profunda e significativa do Direito e da justiça na atual sociedade. Que os leitores, possam explorar seu conteúdo e que ele sirva como um instrumento precioso para ampliar o conhecimento e a compreensão do Direito no Brasil contemporâneo.

Parabéns a todos os autores, ao professor Erasmo por estar à frente do projeto, muito sucesso!!!

Teresina, Piauí, 2024

Auricélia do Nascimento Melo
Doutora em Direito Constitucional-UNIFOR
Pós-Doutora em Direito e Desenvolvimento-UFPB

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

Aldane Ibiapina Gomes Monteiro

Introdução

A educação é um direito fundamental que deve ser oportunizado a todos. Deveras, o seu caráter abrangente exige que o Estado ofereça uma educação na perspectiva inclusiva, com o consequente objetivo de oportunizar formação acadêmica não apenas para um público homogêneo de sujeitos, mas para a coletividade.

Isto posto, o presente trabalho parte da problemática: o que o ordenamento jurídico dispõe sobre o direito à educação inclusiva? Na tentativa de obter respostas, a pesquisa tem como objetivos descrever as principais leis brasileiras que regulamentam a inclusão escolar e identificar os requisitos legais que viabilizam o direito à educação da pessoa com deficiência na Educação Básica regular.

Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de pesquisa descritiva com abordagem qualitativa, uma vez que enfatiza características inerentes ao direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência. Ademais, este trabalho também faz o uso do método documental, pois os dados são coletados a partir de legislações vigentes.

Direito constitucional à educação

O ordenamento jurídico de um país tem início com a sistematização do poder originário. É esse poder que tem a função de determinar os “bens da vida” que merecem proteção a partir de um texto constitucional fundante que serve de norte para documentos, leis infraconstitucionais e para a própria vida em sociedade.

Em um país Democrático de Direito a principal norma está balizada na dignidade da pessoa humana e visa à concretização de direitos fundamentais e à soberania popular. No caso do Brasil, a principal norma é a atual Constituição Federal de 1988, e é exatamente nesta que está constituído o direito tema do presente trabalho: a educação (Brasil, 1988).

Nesse diapasão, a educação compõe o rol dos direitos sociais previstos na atual Carta Magna (Brasil, 1988). Assim como a saúde, a segurança, a moradia e a alimentação, por exemplo, aquela é um direito caro e que deve ser tutelado pelo Estado. Não se trata de mera previsão legal, mas de garantia fundamental que visa à proteção da dignidade humana.

Souza (2010), ao tecer comparações entre os direitos sociais, destaca que a educação na atual Constituição Federal funciona como premissa, na medida em que possui caráter condicionante para a concretização dos demais direitos fundamentais escolhidos pelo poder constituinte.

É oportuno esclarecer que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais e estão ligados à igualdade. Ademais, visam prestações positivas constitucionais com o fito de perseguir melhores condições de vida a quem está em situação de desigualdade, conforme explica (Silva, 2005). No que tange à

educação, é nítido o seu papel pela busca da equidade e a sua influência na transformação social.

Repisa-se que o direito fundamental à educação exige do Poder Estatal o cumprimento de práticas positivas. Práticas estas que englobam promulgações de legislações, mas que não se limitam a elas, uma vez que também envolvem a necessidade de criação de condições reais para a efetivação de normas (Tavares, 2021).

Como se percebe, o direito em tela possui extrema relevância para direção de um país e, é exatamente devido a tal importância, que este é compreendido como um mínimo existencial inafastável, motivo pelo qual precisa ser oferecido aos cidadãos o acesso à educação de qualidade (Maciel Neto, 2020).

A referida relevância é percebida no próprio texto constitucional brasileiro, haja vista que em seu Capítulo III há uma seção que trata de maneira exclusiva do direito em questão. O legislador constituinte assegura que a educação visa formar o indivíduo para a cidadania, além de prepará-lo para o desenvolvimento pessoal e para o mundo do trabalho. Ademais, garante ainda que esta é de responsabilidade do Estado e da família e deve ser oferecida em colaboração com a sociedade em geral (Brasil, 1988).

Para alcançar os fins nacionais, a Lei Maior brasileira (Brasil, 1988, *on-line*) dispõe que o ensino deve obedecer a princípios, dentre os quais, destacam-se: “I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...] IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; [...] IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida”, dentre outros.

Partir do princípio de que o processo de ensino e aprendizagem deve ser garantido ao longo de toda a vida, é reconhecer que a educação é um direito constante que não se esvazia com a conclusão da Educação Básica. É, pois, entender que esse direito surge com o nascimento dos sujeitos e os perseguem em todas as situações da vida que envolvem a transmissão de valores socioculturais (Souza, 2010).

Deveras, os princípios supramencionados funcionam como pilares para o alcance do tipo de homem que se pretende formar no futuro. Nesse sentido, Bonavides (2013) explica que educação, além de um direito, é também mecanismo para o alcance da cidadania, pois acessar as instituições educacionais formais é meio de promover oportunidades equânimes a todos e a própria inclusão social.

Todavia, para alcançar a formação cidadã o Estado precisa cumprir com o artigo 208 da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), isto é:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - **atendimento educacional especializado** aos portadores de deficiência, **preferencialmente na rede regular de ensino;**

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (Brasil, 1988, *on-line*, grifo nosso).

Dentre as obrigações supracitadas que devem ser cumpridas pelos entes estatais (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) o que mais chama atenção é que a educação é

um direito público e subjetivo, ou seja, é um bem social e ao mesmo tempo individual e que não pode ser tratado como mero direito disponível.

Nessa senda, é o caráter indisponível da educação que faz com que a Constituição Federal (Brasil, 1988) garanta a sua oferta gratuita e a coloque como um bem da vida obrigatório. Deveras, tal obrigatoriedade é cristalina se partirmos da premissa de que "a educação está para a existência da sociedade assim como a saúde se encontra para o exercício do direito à vida" (Souza, 2010, p. 10).

Logo, por a educação ser inerente à vida social, é necessário que esta atinja o máximo de sujeitos possíveis, o que justifica que esta precisa ser tratada como um direito público obrigatório que deve ser gratuito e facilmente difundido. Nessa perspectiva, Silva (2005, p. 842) esclarece que "se a Constituição estabeleceu que a educação é direito de todos e dever do Estado, significa que a elevou à condição de serviço público a ser prestado pelo Poder Público indiscriminadamente e, portanto, gratuitamente aos usuários".

Outra exigência constitucional que não passa despercebida no texto constitucional é o inciso III, do artigo 208, conforme já citado acima. Este aborda a inclusão escolar, mesmo que de maneira tímida e com terminologia ultrapassada (não se admite mais a expressão "portador de deficiência"). Fato que demonstra que o direito ao ensino inclusivo é um desdobramento do direito à educação, conforme será detalhado ao longo da presente pesquisa.

Devemos aqui expor pequena observação sobre a terminologia utilizada. A expressão

“pessoa portadora de deficiência” é usada pela Constituição brasileira (art. 7º, inc. XXXI; art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 37, inc. VIII; art. 203, inc. IV; art. 203, inc. V; art. 208, inc. III; art. 227, § 1º, inc. II; art. 227, § 2º; art. 244). O termo “portadora”, porém, realça o “portador” como se fosse possível deixar de ter a deficiência. Assim, o termo adotado pela Organização das Nações Unidas é **“pessoas com deficiência”** (*persons with disabilities*), conforme consta da Standard Rules e da Convenção da ONU de 2006 (Ramos, 2018, p. 117, grifo nosso).

Assim, o ensino inclusivo, ao ser previsto na Magna Carta (mesmo que brevemente), demonstra que “o direito à educação inclusiva é um direito fundamental, pois não há de se falar em educação em pé de igualdade sem inclusão, sob pena de atuação do Estado positivamente” (Vieira, 2019, p. 11).

Como se percebe, a educação é um direito abrangente, obrigatório e gratuito. Nesse sentido, Teixeira (1996) afirma que:

O direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do trabalho e do tipo de relações humanas (Teixeira, 1996, p. 60).

Portanto, a educação faz parte do ordenamento jurídico brasileiro e possui finalidades nacionais que devem ser cumpridas. Repisa-se que um dos fins é a formação cidadã. Tal formação só é de fato viabilizada quando as instituições de ensino atuam de modo responsivo, humano, ético e inclusivo. Em outros termos, quando cumprem com a sua função social e contribuem para a efetivação de direitos fundamentais.

Nessa senda, é indubitável que a inclusão é um desdobramento do direito à educação e, para que se possa entendê-la, é imprescindível partir da premissa de que ela não é restrita à escola, mas é inerente à sociedade. Em outras palavras, as instituições de ensino exercem relevante papel para a concretização da inclusão, sendo, portanto, o local de partida para a inclusão social.

O que dispõe a legislação brasileira

É inquestionável o fato de que as leis sozinhas não são suficientes para efetivar o direito fundamental à educação inclusiva da pessoa com deficiência. Por outro lado, também é incontroverso que a ausência de legislações rebaixaria esse direito ao patamar de impossibilidade e de inatingibilidade.

Não se pode esquecer de que as leis possuem caráter de coercitividade e que, quando violadas, acabam por gerar punições penais, civis e administrativas. Ora, se atualmente as pessoas com deficiências conseguem acessar e permanecer no ensino regular é porque o ordenamento jurídico tutela garantias educacionais, sempre com o objetivo de efetivar condições de igualdade.

Assim sendo, dentre as diversas legislações brasileiras que protegem e garantem o direito à educação da pessoa com deficiência em uma perspectiva inclusiva, este trabalho selecionou as principais, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988); a Lei nº 7.853/89 (Brasil, 1989); a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) (Brasil, 1990); a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB) (Brasil, 1996) e a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (Brasil, 2015).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Como já abordado a Constituição Federal (Brasil, 1988) inaugura o Poder Constituinte, sendo esta a norma que serve como pilar para as legislações infraconstitucionais. Como ficou demonstrado, a atual Carta Magna prevê o direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência, à medida que visa a oferta da educação especial em escolas regulares.

Cabe explicar que o texto constitucional não chega a aprofundar o direito à educação inclusiva, pois esse não é objetivo de uma lei maior. Como se sabe, o que se pretende com uma constituição é instituir direitos que, quase sempre, serão aprofundados por meio de legislações esparsas.

Ademais, quando a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) foi criada, o movimento em prol da inclusão escolar não era como atualmente, não existiam tantos estudos e esta caminhava a “passos lentos”. Somente com o decorrer dos anos é que a inclusão (não apenas a educacional, mas também a social) foi ganhando o *status* que hoje possui.

Nesse sentido, Bobbio (2004) esclarece que os direitos não nascem de forma mística, nem se originam de repente, haja vista que eles resultam de movimentos, esforços e conquistas de grupos de vanguarda que fazem com que as suas aspirações passem a fazer parte do ordenamento jurídico no formato de legislações.

Deveras, a educação inclusiva da pessoa com deficiência é um direito que apesar de ter sido previsto ainda em 1988, com a Constituição Federal (Brasil, 1988), na época não era tão evidente como no momento atual. Logo, não é de se estranhar o fato da Constituição se referir timidamente ao direito em tela.

Lei nº 7.853/89

Assim como qualquer outro direito, a educação em uma perspectiva inclusiva foi ganhando forma ao longo do tempo, a partir de diversas legislações. Dentre as quais, destaca-se a Lei nº 7.853/89 (Brasil, 1989) que tipifica como crime o ato de recusar/cancelar a matrícula em instituições educacionais ou ainda de cobrar valor suplementar de pessoas com deficiências.

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)
(Brasil, 1989, *on-line*).

É imprescindível explicar que, embora a lei em questão seja de 1989, o ato de cobrar valores adicionais só passou a vigorar no ano de 2015, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Portanto, atualmente, caso uma instituição de ensino, seja ela pública ou privada, obstaculize a matrícula da pessoa com deficiência, de modo a impedir o seu acesso à educação e/ou cobrar valores superiores que os demais discentes, será caso de crime, devendo os responsáveis serem punidos com pena restritiva de liberdade e multa na forma da lei.

A proteção estipulada pela Lei nº 7.853/89 (Brasil, 1989) não deixa dúvidas de que a educação da pessoa com deficiência é um direito. Repisa-se ainda que o supracitado artigo 8º (oitavo) garante, precipuamente, o acesso do aluno com deficiência a instituições de ensino.

É oportuno destacar que a prisão no Brasil é tida como a *ultima ratio* e que o legislador reservou o recolhimento prisional a crimes graves. Desse modo, é cristalino que o Estado, mediante a Lei nº 7.853/89 (Brasil, 1989), trata com seriedade o direito à educação e a inclusão social da pessoa com deficiência.

Lei nº 8.069/90: Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

Outra lei que merece destaque é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990), que trata do atendimento educacional especializado e do dever dos pais/responsáveis de matricular os infantes no ensino regular. Conforme se depreende da leitura dos artigos 54 e 55 do referido Estatuto:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

[...]

III - **atendimento educacional especializado** aos portadores de deficiência, **preferencialmente na rede regular de ensino;**

[...]

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na **rede regular de ensino** (Brasil, 1990, *online*, grifo nosso).

O inciso III do artigo 54 do ECA é uma cópia integral do que dispõe a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Repisa-se que a expressão “portadores de deficiência” não é o termo mais adequado, pois remete a ideia de portar/carregar uma deficiência, como se a qualquer momento a pessoa pudesse escolher deixar de ter determinada deficiência.

À época da promulgação do texto constitucional, possivelmente esta, “portadores de deficiência”, era a nomenclatura mais utilizada e mais avançada, consentânea, à época, com a realidade tratada. No entanto, tal expressão é desatualizada e não mais condiz com o atual tratamento deferido ao grupo vulnerável, que enfatiza estar-se tratando de pessoas, denotando um caráter social da questão, apontando para a deficiência como algo pertinente à sociedade e não ao indivíduo, e, dessa forma, prefere utilizar a expressão “pessoas com deficiência”.

Havendo nova norma, de hierarquia constitucional, que adota novo conceito e nova nomenclatura, tão significativa, seria de rigor a revisão dos dispositivos constitucionais que contam com a expressão desatualizada para referência ao grupo vulnerável [...] (Araújo; Maia, 2018, p. 44).

Apesar da utilização de terminologia ultrapassada, a previsão feita pelo ECA (Brasil, 1990) e pela Constituição Federal (Brasil, 1988) não deixa de ser relevante para a inclusão educacional, pois tem o condão de informar que o atendimento educacional especializado deve ocorrer de forma preferencial na rede regular de ensino e não de maneira paralela e exclusiva em instituições especializadas.

Lei nº 9.394/96: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB

A Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB) (Brasil, 1996, *on-line*) afirma que a educação especial é uma modalidade da educação que deve ser oferecida de preferência na escola regular: “Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”.

Quanto ao termo “preferencialmente”, Mantoan (2003) esclarece que este se refere ao “atendimento educacional especializado” que, por seu turno, funciona como o “diferente” no ensino. Assim, o aluno com deficiência, quando matriculado

em turma regular, terá acesso ao mesmo currículo que os demais discentes que não possuem deficiências e, adicionalmente, ao atendimento especializado que deverá ocorrer preferivelmente na escola comum.

A educação especial na perspectiva da inclusão escolar pressupõe o Atendimento Educacional Especializado (AEE) que visa atender as especificidades do estudante com deficiência, de modo a suprimir obstáculos relacionados à sociedade, como exemplo a utilização da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), o *braille*, uso de tecnologia assistiva e dentre outras linguagens, Mantoan, (2003).

Ainda sobre o artigo 58 (cinquenta e oito) da LDB (Brasil, 1996, *on-line*), convém mencionar que há dois parágrafos bastante criticados por parte dos defensores da inclusão. O primeiro afirma que: “§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial”.

A interpretação do primeiro parágrafo, acima transcrito, é de que nem sempre a escola regular irá oferecer o serviço de apoio especializado, pois a depender do tipo e grau de deficiência, o aluno pode não precisar da educação especial. O que a LDB (Brasil, 1996) quer dizer é que em alguns casos bastará que a pessoa com deficiência frequente as aulas em turmas regulares.

Perceba que, em nenhum momento, a LDB (Brasil, 1996) dispõe que não existirá Atendimento Educacional Especializado (AEE), pelo contrário, a necessidade de apoio implicará na existência obrigatória de serviço específico oferecido em salas de recursos multifuncionais que ficam nas dependências da escola comum.

O AEE é de suma relevância para que o direito à educação da pessoa com deficiência seja efetivado, pois ele tem o objetivo de complementar/suplementar o desenvolvimento do discente tanto em aspectos acadêmicos, como também sociais. Esse atendimento obrigatoriamente deve ser oferecido pelos sistemas de ensino, preferencialmente, em escolas regulares (Ropoli et al., 2010).

O outro parágrafo do artigo 58 (cinquenta e oito) da LDB, que também recebe duras críticas, é o segundo, qual seja: “§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular” (Brasil, 1996, *on-line*).

Conquanto o parágrafo segundo possa soar desprezível para alguns defensores do movimento inclusivo, esse dispositivo reconhece a falha da escola regular em oferecer o AEE em certas situações e, ao mesmo tempo, não subestima o papel exercido por instituições específicas para o ensino da pessoa com deficiência.

Nessa perspectiva, Mantoan explica que:

Na interpretação evolutiva de nossas normas educacionais, há, portanto, que se entender e ultrapassar as controvérsias entre a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB de 1996) e a Constituição Federal de 1988. Aqui há mais uma razão para que a inclusão seja um mote em nossa educação escolar, ultrapassando-se os impasses de nossa legislação. A Constituição admite que o atendimento educacional especializado também pode ser oferecido fora da rede

regular de ensino, em qualquer instituição, já que seria apenas um complemento, e não um substitutivo, do ensino ministrado na rede regular para todos os alunos. Mas na LDB (art. 58 e seguintes), consta que a substituição do ensino regular pelo ensino especial é possível. (Mantoan, 2003, p. 23).

É fundamental destacar que embora a letra fria do referido parágrafo possa parecer impactante, este não é salvo-conduto para que a matrícula da pessoa com deficiência no ensino regular seja negada, afinal, a regra ainda continua sendo a inclusão escolar como um direito que é ensejado por um direito maior ainda: a educação.

Em outro giro, destaca-se que mais do que garantir o acesso à educação, a LDB afirma que deve ser assegurada a permanência do aluno na escola (Brasil, 1996). Quando se trata da pessoa com deficiência, tal permanência exige diversos requisitos legais, conforme está assegurado no dispositivo infra:

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude

de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular (Brasil, 1996, *on-line*).

Como se percebe, a LDB assegura uma série de requisitos para que o direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência seja concretizado. Requisitos estes que envolvem o currículo, ações pedagógicas e recursos, todos articulados com o fim de viabilizar condições de igualdade para o ensino e aprendizagem.

Desse modo, Mendes (2018) ressalta que adaptações pedagógicas são essenciais para que o aluno com deficiência consiga acessar o currículo. Sobre tais adaptações, o autor destaca o papel exercido pela tecnologia assistiva e por elementos visuais

extras. No caso de estudantes cegos, por exemplo, podem ser utilizados aplicativos que transformam textos escritos em áudio ou materiais em *braille*.

Em se tratando de pessoas surdas, pode ser de grande utilidade o uso de aplicativos semelhantes ao *Hand Talk Tradutor para Libras* (que sinaliza em Libras). Portanto, a flexibilização e a implementação de estratégias que proporcionam a acessibilidade são decisivas para que ocorra a inclusão de forma bem-sucedida (Mendes, 2018).

Conforme expresso na LDB a aceleração e a terminalidade específica são direitos da pessoa com deficiência. A terminalidade tem o objetivo de fazer com que a pessoa com deficiência possa concluir etapas da educação básica e consiste na certificação de conclusão de escolaridade, que descreva as habilidades adquiridas (Brasil, 2001).

Outro requisito para a inclusão é a presença de professores com formação específica para Atendimento Educacional Especializado (AEE) e também de docentes do ensino regular capacitados para a atuação em sala de aula regular. Nessa senda, quanto ao profissional do AEE, Ropoli *et al.* (2010) afirmam que:

Para atuar no AEE, os professores devem ter formação específica para este exercício, que atenda aos objetivos da educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Nos cursos de formação continuada, de aperfeiçoamento ou de especialização, indicados para essa formação, os professores atualizarão e ampliarão seus conhecimentos em conteúdos

específicos do AEE, para melhor atender a seus alunos (Ropoli *et al.*, 2010, p. 28).

Portanto, a LDB (Brasil, 1996) assegura diversos direitos educacionais a alunos com deficiência, garantindo não apenas a sua inserção, mas também a permanência em escolas regulares, na medida em que são garantidos currículos, recursos, matrícula, AEE e profissionais adequados e especializados para trabalhar com as deficiências específicas.

Lei nº 13.146/2015: Estatuto da Pessoa com Deficiência

A inclusão social da pessoa com deficiência tem se tornado urgente e necessária, motivo pelo qual foi criada a Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa legislação parte do conceito de pessoa com deficiência como “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2015).

Logo em seu artigo 1º, essa norma, ressalta o pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, visando à inclusão social em condição de igualdade. Ademais, importante artigo do Estatuto é o 28, pois este enumera atitudes positivas a serem tomadas pelo Poder Público e Instituições de Ensino:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

[...]

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

[...]

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

[...]

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação; [...]

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

[...]

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, **sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações** (Brasil, 2015, *on-line*, grifo nosso).

Conforme se depreende do dispositivo acima, o sistema educacional deve ser inclusivo em todos os seus níveis e

modalidades. Ademais, o Estatuto (Brasil, 2015) enumera estratégias e situações que a escola, enquanto instrumento formal de inclusão e socialização, deve planejar e executar para garantir o direito de todos a uma educação de qualidade e que respeita a diversidade como fator necessário.

É fundamental mencionar que merece destaque o inciso XI, do artigo 28, do Estatuto (Brasil, 2015), à medida que trata da formação de professores. De fato, quando se fala em inclusão do discente com deficiência, é comum esquecer que é de extrema necessidade a inclusão dos próprios professores. Certamente, uma das formas de incluir o docente é subsidiar a sua formação continuada, de modo a torná-los cada vez mais preparados para lidar com a diversidade na escola.

[...] o movimento inclusivo está bem delineado, mas, carece de elementos básicos para que realmente se efetive, sendo o principal deles a capacitação dos professores. Quando o professor se sente preparado e apoiado, quando há a construção coletiva de uma cultura escolar inclusiva, o processo de inclusão torna-se mais significativo para todos (Rangel, 2023, p. 14).

Destarte, o Estatuto (Brasil, 2015) não somente atribui responsabilidades aos profissionais de ensino, mas se preocupa com o suporte a ser proporcionado ao educador. Fato que também acaba por refletir na própria permanência da pessoa com deficiência no ensino regular.

Portanto, um dos objetivos da Lei supracitada é fazer com que a escola seja um ambiente socializador, que deve ir além da aprendizagem simplesmente cognitiva, que prepare o indivíduo para a vida em sociedade e o capacite a conviver com seu semelhante respeitando suas diferenças.

Conclusão

A educação é um direito social, previsto constitucionalmente e assume caráter de fundamentalidade para a dignidade da pessoa humana. Atualmente, o ordenamento jurídico a concebe como sendo um dever do Estado e um direito de todos, inclusive da pessoa com deficiência.

Deveras, as muitas leis (principalmente a LDB e o Estatuto da Pessoa com Deficiência) não deixam dúvidas de que existem diversos requisitos que devem ser cumpridos para que o direito à educação da pessoa com deficiência seja concretizado. A vasta legislação visa garantir não apenas o acesso, mas precipuamente a permanência do aprendente com deficiência na educação básica.

Indubitavelmente, não é exagero afirmar que o problema da ausência da inclusão educacional da pessoa com deficiência não reside na falta de previsão legiferante, mas no comprimento desta. Portanto, não pode ser outra senão a conclusão de que a educação na perspectiva inclusiva é um desdobramento do direito à educação.

Logo, negar o acesso da pessoa com deficiência à escola regular, bem como dificultar a sua permanência e conclusão da Educação Básica, é ir de encontro a preceitos e garantias constitucionais. A inclusão é um processo dialético que não se

finda com a matrícula da pessoa com deficiência na rede regular de ensino.

Incluir a pessoa com deficiência é, pois, oportunizar a sua participação na sociedade, sendo a escola apenas um dos diversos espaços sociais. Por fim, convém consignar que o presente estudo não teve a menor aspiração de esgotar a temática, mas espera-se que tenha, de alguma forma, contribuído com a sociedade científica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A efetividade (ou a falta de efetividade) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. (Org.). **Ministério Público, Sociedade e a Lei brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência**. Brasília: ESMPU, 2018. p. 35 – 58;

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2024;

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989:** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 03 mar. 2024;

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 03 mar. 2024;

_____. **Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996:** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 02 mar. 2024;

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015:** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 02 mar. 2024;

MACIEL NETO, Aluísio Antônio. **Liberdades, Garantias e Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá Editora, 2020;

MANTOAN, Maria Teresa Eglé. **Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003;

RAMOS, André de Carvalho. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o paradigma da inclusão. In: GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. (Org.). **Ministério Público, Sociedade e a Lei brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência**. Brasília: ESMPU, 2018. p. 109 – 141;

RANGEL, Leonardo Augusto de Oliveira. O direito fundamental à educação inclusiva no ensino básico: possibilidades e limites à efetivação. **Brazilian Journal of Development**, v. 9, n. 1, p. 1179-1196, 2023;

ROPOLI, Edilene Aparecida; MANTOAN, Maria Teresa Eglér Santos; SANTOS, Maria Terezinha da Consolação Teixeira dos; MACHADO, Rosângela. **A educação especial na perspectiva da inclusão escolar: a escola comum inclusiva**. Brasília/Fortaleza: Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. Universidade Federal do Ceará, 2010;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Direito educacional**. São Paulo: Verbatim, 2010;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2021;

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um direito**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996;

VIEIRA, Fernanda Vivacqua. Direito fundamental à educação inclusiva. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 3, 2019;

A POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR INDIGNIDADE EM VIRTUDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

*Amanda de Albuquerque Lima
Gabriel Luiz Araújo dos Santos
Pedrita Dias Costa*

Introdução

A morte constitui um fenômeno natural e intrínseco à existência humana, acarretando repercussões emocionais sobre os indivíduos que a testemunham. No entanto, além dessas consequências afetivas, subsistem obrigações e prerrogativas patrimoniais passíveis de transmissão aos herdeiros do falecido.

As pessoas legitimadas a suceder estão previstas no art. 1.798 e art. 1.799 do Código Civil, correspondentes às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, assim como os filhos não concebidos de pessoas escolhidas e expressas por meio de testamento.

Com efeito, é observável que indivíduos com legitimidade sucessória nem sempre percebem sua porção hereditária devido a determinadas condutas que podem culminar na exclusão do status de herdeiro, seja por meio da deserdação, instituto inerente à sucessão testamentária, ou mediante a declaração de indignidade, que repercute na sucessão legítima.

Dessa maneira, a pesquisa se propõe a analisar a extensão e os limites da legislação pertinente, por meio do estudo dos julgados que delineiam a aplicação e hermenêutica atinente à indignidade no contexto específico da violência doméstica, bem como no que consiste tal tipo de agressão, de modo a contribuir

para uma compreensão mais precisa dos critérios que fundamentam a exclusão do direito sucessório em face de condutas consideradas incompatíveis com a ordem jurídica e os valores sociais vigentes, em conformidade com a tendência de combate à violência de gênero.

Portanto, o escopo deste estudo se concentra na normatização e interpretação correlatas à indignidade, especialmente quanto à natureza taxativa da enumeração das circunstâncias que configuram o instituto e à viabilidade de incluir a violência doméstica como uma hipótese de comportamento passível de resultar em indignidade.

Noções sobre o instituto da indignidade

No contexto histórico do direito sucessório, remontando ao Direito Romano, era admissível a retirada da herança de um herdeiro que cometesse uma falta grave contra o autor da herança. No Brasil, o Código Civil de 1916 estabeleceu criteriosamente os requisitos para a exclusão do herdeiro, considerando-a um impedimento para receber a herança, de forma semelhante a uma deserdação tácita, determinada pelo tribunal em casos específicos. O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve em grande parte a estrutura legal anterior, embora com algumas alterações (Pereira, 2017).

O regramento civil brasileiro dispõe acerca de duas principais formas de exclusão: a indignidade e a deserdação. A primeira, segundo Bernardo Villela Mendes Oliveira:

[...] é uma forma de penalidade ao sucessor legítimo, obstando a sua aquisição

sucessória em razão de atos ilegais e imorais praticados contra o titular da herança [...] é a exclusão do sucessor necessário da sua legítima; é uma pena civil. A incapacidade é ausência de aptidão para realizar a sucessão (Oliveira, 2021, p. 77).

Para Orlando Gomes (2012), o instituto possui supedâneo na ideia de que o falecido presumidamente excluiria o herdeiro se houvesse feito declaração de última vontade. Preferem outros atribuir os efeitos da indignidade, previstos na lei, ao propósito de prevenir ou reprimir o ato ilícito, impondo uma pena civil ao transgressor, independentemente da sanção penal. Nessa mesma linha de pensamento, Caio Mario da Silva Pereira (2017) argumenta que a existência da indignidade provém do repúdio tanto da ordem jurídica quanto da moral, quando alguém busca se beneficiar do patrimônio da pessoa que ofendeu. Todavia, outros doutrinadores associam os efeitos da indignidade, conforme previstos em lei, à prevenção ou repressão da conduta ilícita, impondo uma penalidade privada ao transgressor, independente da sanção penal, ou seja, um mecanismo que visa prevenir e punir o comportamento ilícito do herdeiro.

No Código Civil, a normativa é delineada nos artigos 1814 a 1818, sendo que o primeiro apresenta uma lista de circunstâncias em que o mecanismo é aplicável:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se

tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A exclusão do herdeiro considerado indigno não ocorre automaticamente, decorre da propositura de uma ação específica por parte de um interessado na sucessão, o que culmina em uma sentença declaratória, em conformidade com o Código Civil:

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§ 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

Em 2023, o Código Civil foi alterado para incluir o art. 1815-A, responsável por estabelecer a possibilidade de dispensar o acionamento do judiciário civil para a decretação da indignidade, a ir de encontro a opinião predominante na doutrina anterior de

que a condenação criminal por si só não seria suficiente para a exclusão do herdeiro:

Art. 1.815-A. Em qualquer dos casos de indignidade previstos no art. 1.814, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente da sentença prevista no caput do art. 1.815 deste Código.

Os efeitos da indignidade hereditária acarretam punições ao herdeiro, levando à sua exclusão da sucessão e à impossibilidade de receber sua porção da herança deixada pelo *de cuius*. É relevante destacar que essas consequências se limitam ao herdeiro excluído, ou seja, não têm impacto sobre outros herdeiros ou partes interessadas. Em resumo, a exclusão sucessória é uma medida específica aplicada ao herdeiro que cometeu o ato ilegal ou imoral, sem afetar os direitos sucessórios de outros envolvidos na sucessão (Oliveira, 2021).

Existe discussão sobre a natureza jurídica da exclusão ou indignidade. Alguns a equiparam à incapacidade, enquanto outros a diferenciam, considerando a incapacidade como a falta de habilidade para herdar e a exclusão como uma penalidade para o herdeiro envolvido em determinadas condutas. Em uma visão majoritária, compreende-se que a indignidade hereditária, embora não seja uma incapacidade legal, tem o efeito prático de negar ao indigno o direito de herdar. Se não fosse considerado incapaz, não haveria motivo para atribuir a herança aos seus descendentes.

É importante ressaltar que o indigno não é tratado como possuidor de má-fé, pois a lei presume que ele está ciente de sua impossibilidade de herdar. Até que a indignidade seja declarada judicialmente, qualquer alienação de bens feita pelo herdeiro é válida sem restrições, conforme estabelece a legislação. Além disso, a reabilitação do indigno implica sua readmissão à sucessão, indicando que a incapacidade de herdar é temporária (Gomes, 2012).

A exclusão sucessória pode ser solicitada por qualquer herdeiro ou legatário interessado, inclusive pelo testamenteiro, responsável por garantir a execução das disposições do testamento. A justificativa para essa medida é que, se o testador não perdoou o legatário indigno, presume-se que não desejava que ele o sucedesse. Isso protege a vontade expressa do falecido e os interesses legítimos dos demais herdeiros e legatários, assegurando a integridade do processo sucessório (Venosa, 2017).

O indivíduo considerado indigno é tratado como falecido. Na sucessão legítima, seus descendentes assumem sua posição através do direito de representação. No caso da sucessão testamentária, o indigno é substituído por um outro legitimado nomeado no testamento, ou sua parte é redistribuída entre os outros, se não houver um substituto designado. Se o indigno age como se legítimo fosse, é então considerado um herdeiro aparente e é obrigado a restituir os frutos e rendimentos da herança que tenha recebido. No entanto, perante terceiros de boa-fé, as alienações onerosas dos bens hereditários feitas antes da declaração da indignidade permanecem válidas (Gomes, 2012).

Por outro lado, a deserção, aplicada na sucessão testamentária, é uma exclusão punitiva do herdeiro necessário por vontade do testador. Embora a indignidade e deserção

tenham efeitos semelhantes, suas estruturas são diferentes, (Pereira, 2017).

A deserdação se diferencia, pois, enquanto a indignidade decorre exclusivamente da lei e da decisão judicial, ela vai além, sendo influenciada, principalmente, pela vontade expressa do testador em seu ato de última vontade. Regulada nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil, a deserdação inicia-se com a determinação do autor da herança, que deve incluir uma cláusula testamentária explicitando sua intenção de excluir o herdeiro necessário, acompanhada de uma declaração precisa da causa. No entanto, a veracidade dessa causa deve ser confirmada por meio de uma sentença proferida na ação de deserdação, a ser movida após a abertura da sucessão do testador (Carvalho, 2019).

A sistemática legal da violência doméstica contra a mulher

Inicialmente, é necessário pontuar o conceito de violência. Para Marilena Chauí (2017, p.31) “A violência é a presença da ferocidade nas relações com o outro enquanto outro ou por ser um outro”. Infere-se, que, de sua prática, rompem-se os padrões mínimos de conduta, de modo que o legislador infraconstitucional buscou tipificar o máximo de práticas possíveis que tenham essa ação em seu bojo, como o disposto no art. 129 do Código Penal que traz a lesão corporal, ou o art. 21 da Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção intitulado de vias de fato.

A Lei 11.340/2006, no art. 6º, informa que a violência dirigida com a mulher é uma forma de violação dos direitos humanos, em consonância com o estabelecido na Conferência

Mundial dos Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993, onde ficou estabelecido no art. 18:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

Cumprе salientar que o Brasil não é signatário do Tratado supracitado, porém, o artigo 6º da Lei Maria da Penha, reflete a atenção mundial acerca do tema. A violação dos direitos humanos é apenas uma das formas de violência previstas na Lei 11.340/2006. Vale mencionar que o ordenamento jurídico penal brasileiro é regido pelo princípio da legalidade, onde todas as condutas tipificadas como infrações penais devem estar previstas em um texto legal em sentido formal e material, além de possuir uma redação clara, como consequência do princípio da taxatividade (Nucci, 2023).

O legislador infraconstitucional buscou descrever no art 7º da Lei Maria da Penha as formas de violência doméstica e familiar, bem como, utilizou a expressão “entre outras” como evidencia de que o rol previsto no artigo é meramente exemplificativo, como ensina Alice Bianchini (2014, p.47):

Percebe-se, então, que a Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo em que restringe o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, igualmente o amplia. A restrição decorre do fato de que nem toda violência contra a mulher encontra-se abrangida no âmbito de proteção da Lei Maria da Penha (somente a baseada no gênero e desde que praticada no contexto doméstico ou familiar ou em uma relação íntima de afeto); a ampliação, por seu lado, dá-se em relação ao sentido da palavra violência, o qual é utilizado para além daquele estabelecido no campo do direito penal.

O diploma normativo apresenta cinco formas de violência, sendo elas violência física, psicológica, patrimonial, moral e sexual. A primeira forma, é aquela que se enquadra em qualquer conduta que venha a ofender a integridade ou a saúde corporal da mulher, a qual pode ter alguns desdobramentos bem particulares. De acordo com Maria Berenice Dias (2018, p. 46): “A saúde corporal é protegida pela lei penal (CP, art. 129). O estresse crônico gerado em razão da violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga, dores nas costas e até distúrbios no sono”.

A violência psicológica consiste naquela que atinge a *psique* feminina, violentando a autoestima, atingindo a alma. Sobre o assunto, é importante ressaltar os apontamentos de Azevedo e Guerra

O termo “violência psicológica doméstica” foi cunhado no seio da literatura feminista como

parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada. O movimento político-social que, pela primeira vez, chamou a atenção para o fenômeno da violência contra a mulher praticada por seu parceiro, iniciou-se em 1971, na Inglaterra, tendo sido seu marco fundamental a criação da primeira "CASA ABRIGO" para mulheres espancadas, iniciativa essa que se espalhou por toda a Europa e Estados Unidos (meados da década de 1970), alcançando o Brasil na década de 1980 (Azevedo e Guerra, 2001, p.25).

A doutrina moderna aponta para uma forma de violência psicológica que, pela sua sutileza, dificilmente é percebida. O *gaslighting* é uma forma de abuso psicológico que gera um sentimento de insegurança na vítima, que passa a duvidar de seus sentimentos e habilidades de confiar em si mesma, de forma concomitante, a mulher passa a desenvolver uma relação de dependência (Dias, 2018).

A violência patrimonial se manifesta quando ocorre qualquer subtração do patrimônio da mulher com a intenção de causar dor ou dissabor na vítima, independentemente do valor ou quantidade do bem subtraído, aplicando-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, expresso na Súmula 589, impedindo a aplicação do princípio da bagatela.

Já a violência moral acaba por atingir a honra subjetiva e objetiva da mulher, consubstanciado penalmente na calúnia, injúria ou difamação. Para entender os conceitos relativos aos crimes contra a honra, Fernando Capez (2019, p. 441) explica que:

[...] na calúnia, há a imputação de fato definido como crime, e o fato imputado deve ser necessariamente falso; na difamação, o fato imputado não é criminoso, mas ofensivo à reputação; ele pode ou não ser falso, pois a falsidade da imputação não é exigida pelo tipo penal [...] na injúria, há a atribuição de qualidade negativa, há o atingimento da honra subjetiva, e o crime se consuma quando a própria vítima toma conhecimento da imputação.

Assim, quando qualquer uma dessas três condutas supracitadas for praticada em detrimento da mulher e no contexto da violência doméstica, está configurada a violência moral. É relevante o alerta por parte da doutrina, acerca da possibilidade dessa forma de violência se perpetuar pela rede mundial de computadores, o que chama atenção para uma necessidade maior de proteção, tendo em vista a segurança e fiscalização deficitária do ambiente virtual.

Por fim, a violência sexual é aquela que sofreu resistência para ser estabelecida, devido à carga histórica de submissão feminina, momento em que a sexualidade dentro da vida conjugal era vista como um “dever” e a sociedade não enxergava claramente que essa forma de agressão existia. Ela se configura quando a mulher é constrangida a presenciar, manter ou a participar de relação sexual, e a norma ainda vai além, ao prever que ela poderá se manifestar sob os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Dessa forma, a violência contra a mulher possui um caráter amplo. A descrição feita pelo legislador traz os ditames básicos, cabendo ao aplicador do direito adequar esses conceitos ao caso concreto, indo além do texto legal. Nessa linha, Alice Bianchini (2014, p.48), identifica outras formas que não estão previstas no texto legal:

Como exemplo de forma de violência não expressamente mencionada pela Lei, pode ser citada a violência espiritual (destruir as crenças culturais ou religiosas ou obrigar a que se aceite um determinado sistema de crenças), sempre que ela se basear em uma questão de gênero. Exemplo clássico é o do marido que exige que a mulher professe determinado credo, entendendo que ela, por conta de sua situação de casada, não pode escolher a sua religião. Também a violência política, quando baseada no gênero, deve aqui ser lembrada. É o que acontece na situação do cônjuge que não permite que sua esposa concorra a um cargo político. Aliás, sobre tal tema, há uma passagem histórica que merece ser registrada, ocorrida por ocasião da discussão, na Assembleia Constituinte de 1891, sobre o sufrágio feminino.

Essa variedade de agressões, inegavelmente, pode desencadear processos penais para investigar possíveis crimes, mas também pode ter repercussões no âmbito civil. Os atos perpetrados podem resultar em compensações financeiras ou reparação por danos morais, dependendo da natureza da

violência infligida. Além disso, tais comportamentos podem afetar a consideração de um sucessor como digno ou indigno.

Assim, a amplitude das formas de violência contra a mulher evidencia a complexidade e diversidade das agressões enfrentadas, requerendo não apenas o estudo das medidas legais tipificadas penalmente, mas também uma compreensão de suas implicações na esfera civil.

Possibilidade jurídica da aplicação da indignidade em virtude de violência doméstica

A análise da viabilidade legal da indignidade por violência doméstica está imersa em um ambiente complexo e delicado, no qual a legislação procura equilibrar a preservação dos direitos sucessórios e de propriedade com a repressão de comportamentos que violem a dignidade humana. Com o crescente reconhecimento da gravidade da violência doméstica, surge a indagação acerca da possibilidade de utilizar a indignidade como recurso jurídico contra os agressores.

Os direitos e garantias estabelecidos na Constituição tem o condão de limitar os direitos sucessórios. O indigno ou deserddado é excluído da sucessão devido a comportamento inadequado em relação ao autor da herança, sob o fundamento de que seria injusto permitir que alguém que tenha agido de maneira desonrosa em relação ao detentor do patrimônio continue a ter direito à herança (Farias e Rosenvald, 2014).

Pela análise dos cenários do art. 1814, infere-se que a violência doméstica, a depender da sua configuração, pode se enquadrar nos incisos do referido dispositivo, a exemplo do feminicídio, por atos de violência patrimonial, dentre outros.

Ocorre que a agressão reiterada, física, psicológica ou moral, que não tenha efeitos patrimoniais ou *animus necandi*, em regra e por si só, não atrai a indignidade, tendo em vista a forma de interpretação da listagem de tais circunstâncias.

Ocorre que a análise desses cenários pode gerar, na prática, a prolação de decisões conflitantes entre si, a evidenciar uma discussão acerca da temática a qual está adstrita, principalmente, em razão de um contrassenso contido na própria legislação e aos métodos de interpretação aplicados na hermenêutica dos dispositivos legais.

O primeiro ponto pode ser relacionado tanto a casos omissos quanto a incoerência da escolha do legislador entre as situações ensejadoras da exclusão por indignidade. É patente a ausência de ações que ofendem bens jurídicos de grande valor no ordenamento jurídico, como a dignidade sexual ou a integridade corporal, na listagem do art. 1814 do CC.

As lacunas e incoerências nas hipóteses de deserdação são evidentes no texto legal. Por exemplo, não há previsão para o afastamento de sucessores envolvidos em violência sexual ou doméstica contra o autor da herança, nem para aqueles que perderam o poder familiar. Essas omissões podem resultar em situações perplexas, como a rejeição da tese de afastamento por indignidade devido à ausência de base legal. Além disso, críticas específicas são dirigidas ao artigo 1.814, III, do CC, que exclui o sucessor apenas nos casos que inibam a liberdade testamentária do autor da herança, deixando de abordar situações que prejudiquem a execução de sua última vontade, como a destruição ou ocultação de testamento (Pereira e Colombo, 2022).

A legislação também separa os casos de deserdação entre ascendente e descendente, mas não contempla todas as classes de

herdeiros necessários, como o cônjuge. Há incoerências nas referências ao desamparo como causa de deserdação, limitando-se a situações de grave enfermidade, deficiência ou alienação mental. Isso pode tornar a deserdação inexequível em casos de vulnerabilidade concreta do autor da herança (Pereira e Colombo, 2022).

Tais omissões na legislação podem resultar em situações jurídicas problemáticas e contraditórias, como destacado por Maria Berenice Dias (2008, p. 292): “seria absurdo excluir da sucessão o filho que injuria a mãe e contemplá-lo com direito sucessório se ele a estuprou. O jeito de evitar esse não senso é reconhecer o estupro como prática de crime contra a honra, ainda que não o seja”. Em outra situação, é possível que alguém que difame sua madrasta seja declarado indigno, ao passo que aquele que comete um latrocínio contra um dos pais mantenha sua parcela hereditária.

Isso revela uma incongruência flagrante na legislação, em que comportamentos repreensíveis podem ser tratados de maneira inconsistente no que diz respeito à sucessão de bens. Trata-se de uma discrepância moral e legal, na qual a seriedade do delito não se reflete devidamente nas consequências jurídicas relacionadas à herança. Essa disparidade compromete a integridade e a uniformidade do sistema legal, minando a confiança em sua capacidade de assegurar a igualdade e a proteção dos direitos.

Quanto a forma de interpretação das hipóteses de indignidade, Flávio Tartuce (2023) aponta que existem duas correntes acerca da natureza das situações descritas como causas de indignidade no artigo 1814 do CC: taxativa (posição majoritária) ou exemplificativa (argumentação minoritária).

Tartuce se filia à corrente prevalecente, defendendo que, em virtude de sua essência excepcional, a qual implica na restrição de direitos legalmente protegidos, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, a questão da indignidade deve ser examinada pelo magistrado com o intuito de evitar uma interpretação ampliativa, considerando o artigo 1814 do Código Civil como um rol taxativo, ou seja, *numerus clausus*.

A jurisprudência segue esse entendimento, conforme exemplificado pelo seguinte excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela vedação à hermenêutica extensiva:

a indignidade tem como finalidade impedir que aquele que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, venha receber determinado acervo patrimonial, circunstâncias não verificadas na espécie (STJ, REsp 1.102.360/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 09.02.2010, DJe 01.07.2010).

Os Tribunais Estaduais também se depararam com pedidos de alargamento das hipóteses de indignidade, os quais não foram acolhidos, à guisa do requerimento para declarar a indignidade do herdeiro que teria abandonado material, moral e psicologicamente o falecido:

Exclusão de herdeiro por indignidade. Pleito deduzido pelos irmãos do de cujus em face do genitor comum. Sentença extintiva.

Inconformismo. Tese de que houvera abandono material, moral e psicológico perpetrado pelo pai em relação ao irmão falecido e à família. Desacolhimento. Hipóteses legais de exclusão por indignidade previstas no artigo 1.814 do Código Civil. Rol que, por importar em restrição de direitos, é taxativo. Interpretação extensiva, mesmo à luz do princípio da afetividade, que redundaria em violação ao preceito do art. 5º, XXX, da Constituição Federal. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10212231820198260554 SP 1021223-18.2019.8.26.0554, Relator: Rômolo Russo, Data de Julgamento: 26/03/2021, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2021).

Todavia, houve casos em que, mesmo seguindo a abordagem majoritária da taxatividade, o mesmo Tribunal Superior se deparou com situações que pareciam não ser contempladas pela lei. Nessas circunstâncias, foram adotados métodos diversos de interpretação, incluindo o histórico, teleológico e sociológico. Essas abordagens foram aplicadas com o argumento de que a listagem *numerus clausus* não deve ser interpretada de maneira estritamente literal.

CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL.
DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO
DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO
DE INDIGNIDADE COM PEDIDO DE
EXCLUSÃO DE HERDEIRO. ROL DO ART.

1.814 DO CC/2002. TAXATIVIDADE. CRIAÇÃO DE HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO DISPOSITIVO LEGAL POR ANALOGIA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DE INTERPRETAÇÃO LITERAL EM ROL TAXATIVO. INEXISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DO ROL TAXATIVO COM OS DEMAIS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO DE LEI E NORMA, QUE É O PRODUTO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA POR MEIO DO QUAL SE CONFERE SIGNIFICADO AO TEXTO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 1.814, I, DO CC/2002. HOMICÍDIO E ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO HOMICÍDIO. SENTIDO TÉCNICO E JURÍDICO NA ESFERA PENAL. REPERCUSSÃO NÃO OBRIGATÓRIA NO ÂMBITO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATRIZ ÉTICA, MORAL E JURÍDICA. NÚCLEO ESSENCIAL. ATO DOLOSO, CONSUMADO OU TENTADO, INDEPENDENTE DE MOTIVAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA-FINALÍSTICA DA REGRA QUE VISA PREVENIR E REPRIMIR O ATO DO HERDEIRO QUE ATENTA CONTRA A VIDA DOS PAIS. DIFERENÇA TÉCNICO-JURÍDICA ENTRE HOMICÍDIO DOLOSO E ATO ANÁLOGO AO HOMICÍDIO DOLOSO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS CIVIS.

EXCLUSÃO DO HERDEIRO MENOR POR ATO ANÁLOGO AO HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA SEUS PAIS. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO QUE OFENDERIA OS VALORES E FINALIDADES DA NORMA E ESVAZIARIAM SEU CONTEÚDO. 1- Ação ajuizada em 09/11/2017. Recurso especial interposto em 25/03/2021 e atribuído à Relatora em 24/06/2021. 2- **O propósito recursal é definir se o ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, praticado contra os pais, está abrangido pela regra do art. 1.814, I, do CC/2002**, segundo a qual será excluído da sucessão o herdeiro que seja autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra os ascendentes de cuja sucessão se trata. 3- **Na esteira da majoritária doutrina, o rol do art. 1.814 do CC/2002, que prevê as hipóteses autorizadas de exclusão de herdeiros ou legatários da sucessão, é taxativo**, razão pela qual se conclui não ser admissível a criação de hipóteses não previstas no dispositivo legal por intermédio da analogia ou da interpretação extensiva. 4- O fato de o rol do art. 1.814 do CC/2002 ser taxativo não induz à necessidade de interpretação literal de seu conteúdo e alcance, uma vez que a taxatividade do rol é compatível com as interpretações lógica, histórico-evolutiva, sistemática, teleológica e sociológica das hipóteses taxativamente listadas. 5- A diferenciação entre o texto de lei,

enquanto proposição física, textual e escrita de um dispositivo emanado do Poder Legislativo, e a norma jurídica, enquanto produto da indispensável atividade interpretativa por meio da qual se atribui significado ao texto, conduz à conclusão de que a interpretação literal é uma das formas, mas não a única forma, de obtenção da norma jurídica que se encontra descrita no art. 1.814, I, do CC/2002.

6- A regra do art. 1.814, I, do CC/2002, se interpretada literalmente, *prima facie*, de forma irreflexiva, não contextual e adstrita ao aspecto semântico ou sintático da língua, induziria ao resultado de que o uso da palavra homicídio possuiria um sentido único, técnico e importado diretamente da legislação penal para a civil, razão pela qual o ato infracional análogo ao homicídio praticado pelo filho contra os pais não poderia acarretar a exclusão da sucessão, pois, tecnicamente, homicídio não houve.

7- A exclusão do herdeiro que atenta contra a vida dos pais, cláusula geral com raiz ética, moral e jurídica existente desde o direito romano, está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e, no Brasil, possui, como núcleo essencial, a exigência de que a conduta ilícita do herdeiro seja dolosa, ainda que meramente tentada, sendo irrelevante investigar se a motivação foi ou não o recolhimento da herança.

8- **A finalidade da regra que exclui da sucessão o herdeiro que atenta contra a vida dos pais é, a um só tempo, prevenir a ocorrência do ato**

ilícito, tutelando bem jurídico mais valioso do ordenamento jurídico, e reprimir o ato ilícito porventura praticado, estabelecendo sanção civil consubstanciada na perda do quinhão por quem praticá-lo. 9- Se o enunciado normativo do art. 1.814, I, do CC/2002, na perspectiva teleológica-finalística, é de que não terá direito à herança quem atentar, propositalmente, contra a vida de seus pais, ainda que a conduta não se consuma, independentemente do motivo, a diferença técnico-jurídica entre o homicídio doloso e o ato análogo ao homicídio doloso, conquanto relevante para o âmbito penal diante das substanciais diferenças nas consequências e nas repercussões jurídicas do ato ilícito, não se reveste da mesma relevância no âmbito civil, sob pena de ofensa aos valores e às finalidades que nortearam a criação da norma e de completo esvaziamento de seu conteúdo. 10- Hipótese em que é incontroverso o fato de que o recorrente, que à época dos fatos possuía 17 anos e 06 meses, ceifou propositalmente a vida de seu pai e de sua mãe, motivo pelo qual é correta a interpretação segundo a qual a regra do art. 1.814, I, do CC/2002, contempla também o ato análogo ao homicídio, devendo ser mantida a exclusão do recorrente da sucessão de seus pais. 11- Recurso especial conhecido e não-provido, com majoração de honorários. (STJ - REsp: 1943848 PR 2021/0179087-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/02/2022,

T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação:
DJe 18/02/2022, grifo nosso)

Nesse mesmo sentido defende o doutrinador Zeno Veloso:

Os casos em que pode ocorrer a exclusão da sucessão são só os apontados na lei, indicados exhaustivamente nos três incisos do art. 1.814. A exclusão é uma pena civil. A interpretação dos dispositivos que a regulam tem de ser restrita – o que não quer dizer que se deva escravizar à letra da norma -, não se compadecendo o tema com analogias e ampliações (Veloso, 2005, p.1689).

Interessante pontuar que alguns doutrinadores defendem a utilização da analogia para as hipóteses de indignidade, como é o caso do enquadramento do crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do Código Penal) à previsão do art. 1814, I do Código Civil, o qual trata apenas da consumação ou tentativa de homicídio doloso, previsto no art. 121 do Código Penal. Sobre essa temática, Paulo Nader (2017, p. 137) aduz que

O partícipe, que atua como indutor ou por instigação, sujeita-se igualmente à perda do direito à herança. Como partícipe, o herdeiro ou legatário não desempenha qualquer papel na execução do crime, apenas influencia a sua prática. Ao induzir ao crime, o partícipe cria para o seu autor a motivação; ao instigar,

apenas reforça a predisposição à conduta delituosa.

Sob essa perspectiva, a despeito da forma interpretativa, deve-se salientar a *mens legis* do art. 1814 do CC, aquilo defendido pelo referido dispositivo legal, haja vista a dúplice finalidade de salvaguardar a pressuposta vontade do falecido, de ordem moral e jurídica, de não querer ver seu espólio em posse de seu agressor se estivesse nesse plano terreno, assim como o propósito de desincentivar atos ilícitos pelos herdeiros. Nesse último caso, a existência da sanção civil leva a crer que “a lei simplesmente consagra um princípio: quem age contra o autor da herança ou seus familiares não pode ser contemplados com sua herança” (Dias, 2019, p. 80).

Ademais, a legislação civil, ainda que regulamente a restrição de direito, não se escusa de estar em harmonia com os princípios constitucionais. Existe uma interdependência entre as diversas esferas do direito, a qual justifica a necessidade de que operem em consonância com os direitos fundamentais, conforme preconizado pela abordagem contemporânea do neoconstitucionalismo. Essa perspectiva, que teve ascensão com o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, foi definida pelo Professor Flávio:

[...] um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e como principal objetivo garantir a eficácia das

normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais (Martins, 2022, p. 143).

Dessa forma, na interpretação das disposições sucessórias, impende destacar que o texto da lei deve ser interpretado de forma a concretizar os fundamentos, objetivos e direitos previstos na Carta Magna, com o intuito de conferir-lhe real eficácia normativa.

A percepção da força normativa da Constituição foi um marco significativo que estendeu consideravelmente o escopo de atuação do direito constitucional, transcendendo as relações meramente públicas para abranger também as privadas. Tal evolução representa uma ruptura com a visão anterior que limitava a Constituição a um mero documento político. Hoje, ela é reconhecida como uma fonte normativa primordial que demanda observância tanto por parte do Estado quanto dos indivíduos e organizações privadas. Esse reconhecimento implica em uma transformação profunda na compreensão do papel da Constituição na ordem jurídica, conferindo-lhe um status de supremacia que permeia todas as esferas da vida social e jurídica. Nesse contexto, a Constituição não apenas estabelece os fundamentos e os princípios básicos do Estado, mas também serve como um baluarte de proteção dos direitos e garantias individuais, orientando a conduta de todos os atores sociais. Assim, sua observância e aplicação tornam-se imperativos não apenas para garantir a legitimidade e a estabilidade do sistema jurídico, mas também para promover a justiça e a equidade em uma sociedade democrática e pluralista (Dantas, 2021).

A previsão legislativa da indignidade e deserdação promovem a salvaguarda da dignidade humana, valor fundamental consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição e “sobreprincípio” de toda a ordem constitucional, que irradia e deve ser observado pelos outros mandamentos de otimização contidos no ordenamento. Dessa forma, aqueles que transgridam a dignidade alheia devem enfrentar consequências, inclusive quando a transgressão ocorre dentro de relações familiares e afetivas que envolvem a herança. Nesse contexto, a legislação adota medidas de natureza patrimonial para desencorajar tais comportamentos, permitindo a exclusão do direito à herança como forma de sanção (Dias, 2019).

Outrossim, tem-se a proteção ao princípio da solidariedade, intimamente ligado à sucessão e à indignidade, o qual deve ser estudado em conjunto com o conceito de dignidade da pessoa humana. Essas duas noções estão intrinsecamente entrelaçadas ao núcleo essencial e inalienável da estrutura social, política, cultural e jurídica do Brasil. Por um lado, destaca-se o valor intrínseco da pessoa humana e os deveres compartilhados por todos em relação à sua realização plena, especialmente no contexto familiar. Por outro lado, enfatizam-se as obrigações individuais de cada ser humano para com os outros, contribuindo assim para uma construção harmônica tanto das dignidades individuais quanto das coletivas, fomentando relações mais justas e igualitárias na sociedade (Lôbo, 2007).

Nesse sentido, não se olvide que o princípio da função social da propriedade no direito sucessório, associado diretamente ao direito à herança, determina que as garantias a ele inerentes devem ser exercidas em conformidade com os

interesses da sociedade, dando-lhes prioridade sobre os interesses individuais, sem antagonismo entre ambos.

A propriedade e sua transmissão hereditária devem visar um propósito socialmente benéfico, evitando prejuízo. Desse modo, no campo do direito civil, ocorre um confronto entre a solidariedade funcional e a busca pela realização dos próprios interesses com liberdade. No âmbito do direito sucessório, é fundamental harmonizar a solidariedade com os familiares e a solidariedade para com toda a comunidade, para que assim, ele também esteja em conformidade com os ditames constitucionais (Lôbo, 2016).

Em síntese, a interpretação das normas sucessórias deve considerar não apenas o texto legal, mas também os princípios constitucionais e os valores fundamentais da sociedade. A legislação de indignidade e deserdação não apenas protege a vontade presumida do falecido e desencoraja condutas ilícitas, mas também promove a dignidade humana, a solidariedade e a função social da propriedade. A harmonização desses interesses é essencial para garantir uma sucessão justa e alinhada aos ideais democráticos e constitucionais.

Conclusão

Ante o exposto, se constata que a violência doméstica, além de suas implicações penais, reverbera no âmbito civil, podendo influenciar a consideração de um sucessor como digno ou indigno, com base na natureza da violência perpetrada. Este é um ponto crucial a ser considerado, pois não apenas afeta indivíduos, mas também a estrutura legal e moral da sociedade.

A regra da taxatividade contida no art. 1814 do Código Civil também afeta a proteção do espólio da mulher vítima de agressões familiares, porquanto tal conjuntura está ausente do rol do referido dispositivo, de forma que há a possibilidade de os agressores se beneficiarem dos bens da vítima.

Assim, ao compreender a posição doutrinária e jurisprudencial atinente ao tema, verificou-se que o entendimento *numerus clausus* como forma de garantir segurança jurídica e evitar interpretações extensivas não previstas em lei, acaba por criar situações em que atos mais brandos são punidos, enquanto outros mais graves asseguram a percepção da herança, a evidenciar a incongruência e omissões legislativas.

A legislação civil deve estar alinhada aos princípios constitucionais, operando em consonância com os direitos fundamentais, conforme preconizado pelo neoconstitucionalismo. Esta abordagem visa garantir não apenas a conformidade das leis com a Constituição, mas também a eficácia das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Nesse cenário, é crucial revisar e atualizar o conjunto de leis sobre herança para abordar questões contemporâneas, particularmente aquelas ligadas à violência doméstica contra a mulher, em razão das omissões e problemáticas destacadas na legislação sucessória vigente. Assim, torna-se evidente que a ampliação e o aprimoramento das leis são medidas necessárias para garantir uma proteção mais eficaz diante de condutas inadequadas por parte dos herdeiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. **Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil**. São Paulo: Iglu, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 14 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.102.360/RJ (2009/0033216-4)**. Recorrente: Helena Rocha Westerlund. Recorrido: Yara Lúcia Nudelmann Gomes e outro. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 9 de fevereiro de 2010. Disponível

em:<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19140951/inteiro-teor-19140952>. Acesso em 15 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1943848/PR**. Recorrente: L de O de S. Recorrido: R de O de S e outro. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1387563147/inteiro-teor-1387563251>. Acesso em 13 mar. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 212. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHAUI, Marilena; ITOKAZU, Ericka Marie (org.); CHAUI-BERLINCK, Luciana (org.). **Sobre a violência**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, vol 7: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O processo penal no caminho da efetividade**. 1ª ed. São Paulo. Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, vol. 7: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**; 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Bruno Hermes. **Do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória no Código Civil brasileiro: um problema de argumentação jurídica**. Orientador: José Alcebíades de Oliveira Júnior. 2013. 290 f. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/196536>. Acesso em: 13 mar. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 14 mar. 2024.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

OLIVEIRA, Bernardo Villela Mendes. **Direito das Sucessões Contemporâneo: um conceito Abrangente do Direito Sucessório e seus Aspectos Processuais**. São Paulo: Dialética, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Vol. VI**. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Jacqueline Lopes; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Perspectivas para a reconstrução sistemática e constitucionalizada da indignidade e da deserdação: críticas às hipóteses de incidência. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 167-185, out./dez. 2022. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p167. Acesso em 14 mar. 2024.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1021223-18.2019.8.26.0554**. Apelantes: Miguel Colicchio Neto e outros. Apelado: Osvaldo Colicchio. Relator: Des. Rômulo Russo. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1185390755/inteiro-teor-1185390787>. Acesso em 14 mar. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserção**. 2012. 212 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6023>. Acesso em: 13 mar. 2024.

VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. *In*: FIUZA, Ricardo (org.). **Novo código civil comentado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZANINI, L. E. D. A.; QUEIROZ, O. N. C. O Regime Jurídico da Indignidade no Direito das Sucessões. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 14, n. 33, 2022. DOI: 10.22293/2179507x.v14i33.2261. Disponível em:

<https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2261>. Acesso em: 14 mar. 2024.

ABANDONO AFETIVO PATERNO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Amanda Veras Mendes

Otávio Brandão Moura

Introdução

O Direito de Família contemporâneo é um campo em constante evolução, adaptando-se às transformações sociais, culturais e emocionais que moldam as dinâmicas familiares. Entre os tópicos que têm recebido crescente atenção, destaca-se a complexa relação entre o abandono afetivo paterno e o princípio da afetividade. O abandono afetivo é uma questão sensível, que afeta não apenas o ambiente doméstico, mas também os Tribunais, que têm a outorga para ponderar entre a aplicação da Lei e o bem-estar das crianças envolvidas. Atualmente, a relação do princípio da afetividade e o desafio do abandono afetivo paterno emergiu como um tópico de evidente relevância no âmbito jurídico. O abandono afetivo paterno, descrito por Maria Berenice Dias como "*uma ferida invisível que deixa marcas profundas*", representa uma questão que transcende as fronteiras do Direito, atingindo o cerne da experiência humana. A partir disso, surge-se a problemática do presente trabalho, indagando-se: qual é o papel do princípio da afetividade no Direito de Família contemporâneo em casos de abandono afetivo paterno e quais são as implicações jurídicas e sociais desse fenômeno?

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial e a aplicação do princípio da afetividade desempenham um papel crucial. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, jurista brasileira atuante no Direito de Família, destaca que "*a afetividade*

deve ser considerada como valor jurídico de primeira importância". Diante disto, enquanto o abandono afetivo paterno invoca a discussão sobre o papel das Instituições na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, o princípio da afetividade impulsiona o sistema jurídico a abraçar a complexidade das relações familiares modernas.

O presente artigo propõe explorar a interação entre o abandono afetivo paterno e o princípio da afetividade, utilizando-se de uma perspectiva jurídica fundamentada nas contribuições de especialistas como Maria Berenice Dias e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Este, portanto, serve, como um convite à reflexão sobre como o Direito de Família pode evoluir para promover relações familiares saudáveis e afetuosas.

No que tange à metodologia utilizada, o presente estudo adota uma abordagem teórica, bibliográfica e jurisprudencial. Teórica, pois busca a compreensão teórica da temática para discutir um problema específico. Bibliográfica, ao se apoiar na literatura, na doutrina jurídica e em estudos pré-existentes como estimulantes reflexivos sobre os elementos temáticos. É jurisprudencial, pois busca abordar a questão também pela observação e análise de decisões recentes que integram a jurisprudência do sistema Judiciário brasileiro, especialmente relacionadas ao abandono afetivo.

Sob a perspectiva acadêmica, esse tema proporciona oportunidade única de explorar questões interdisciplinares e da fronteira entre o Direito e a Psicologia. Com efeito, em vista disto, pode-se enriquecer o repertório de conhecimento das faculdades de Direito e dos profissionais da área, proporcionando-os uma compreensão abrangente dos desafios enfrentados pelas famílias contemporâneas. Além disso, a análise crítica do princípio da

afetividade e sua aplicação prática no Direito de Família é essencial para a formação de uma jurisprudência uniforme, justa e eficaz.

Já sob o panorama social, os resultados desta podem impactar diretamente as vidas de crianças e adolescentes e de famílias inseridas em casos de abandono afetivo paterno. Ao compreender como o Direito de Família lida com esta questão e como a afetividade é ponderada nas decisões judiciais, é possível promover aprimoramentos nas políticas públicas e nas práticas legais, o que pode proporcionar maior proteção aos direitos dos menores e a promoção de ambientes familiares mais saudáveis e afetivos. Ademais, ao impulsionar discussões sobre o papel dos pais, a responsabilidade parental e a importância da afetividade nas relações familiares, percebe-se a relevância do tema perante a sociedade em geral, podendo-se dizer que a pesquisa contribui para uma conscientização ampla sobre questões fundamentais.

Enfim, a presente pesquisa não apenas apresenta relevantes contribuições ao Direito, mas também impacta diretamente a sociedade, ajudando-a a promover a proteção aos direitos dos infantes, as relações familiares saudáveis e a sensibilizar a sociedade para questões familiares fundamentais, transcendendo o ambiente acadêmico e contribuindo para um mundo mais justo e empático.

O princípio da afetividade no direito de família

O “princípio da afetividade”, segundo Maria Helena Diniz, é corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, servindo como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar, conceito este que está se destacando nas discussões

jurídicas, representando uma revolução na maneira como o Direito de Família é compreendido e aplicado. Este princípio busca priorizar as relações familiares construídas sobre alicerces de amor, cuidado e carinho, oferecendo uma perspectiva humanizada e alinhada à realidade das dinâmicas familiares do século XXI.

No Direito da Família, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tomando como parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)¹. O princípio da afetividade, embora atualmente seja um conceito amplamente reconhecido, tem raízes em teorias e movimentos que passaram a se fortalecer no século XX, destacando-se que movimentos feministas e estudos psicológicos sobre o desenvolvimento infantil desempenharam um papel fundamental na promoção da concepção de que a afetividade é valor essencial nas relações familiares.

No contexto jurídico, o princípio em pauta passou a ser consolidado à medida em que os Tribunais reconheceram que as relações familiares não podem e, tampouco devem ser definidas tão somente pelo vínculo biológico, mas também pelo vínculo afetivo, o que abrange o cuidado, afeto e a responsabilidade emocional. Isto propiciou avanços na interpretação do Direito da Família, focando-se frequentemente no bem-estar emocional dos menores e no respeito às escolhas emocionais individuais.

O princípio da afetividade desempenha, portanto, papel vital nos casos de Direito da Família, afetando decisões atinentes à guarda de filhos, adoção, casamento, divórcio e outras questões

familiares. Tal fato é percebido em ações de guarda, nas quais os Tribunais consideram não somente a capacidade financeira dos potenciais guardiões, mas também a sua capacidade de proporcionar um ambiente emocional saudável e estável. Não obstante seja fundamental para o Direito da Família, deve-se ponderar esse princípio com outros interesses legítimos, como os Direitos de Propriedade, a segurança financeira e o cumprimento das obrigações legais. Desafiante é determinar o modo de conciliar tais interesses, por vezes, conflitantes, de forma a garantir que o bem-estar emocional das famílias (especialmente das crianças e adolescentes) seja priorizado sem comprometer outros direitos.

Abandono afetivo paterno e seus impactos

O abandono afetivo paterno é um problema complexo que transcende o âmbito legal, afetando profundamente o desenvolvimento emocional e psicológico das crianças e adolescentes envolvidos, bem como impactando a esfera da responsabilidade civil. Além disso, o abandono afetivo paterno afeta não apenas as crianças e adolescentes, mas também a sociedade como um todo. Diante disso, é fundamental compreender suas formas, impactos e dimensões legais para abordar adequadamente esse tema crescente no Direito de Família contemporâneo, conforme abordar-se-á a seguir.

1.1 Impactos emocionais e psicológicos

O impacto da negligência emocional pode ser duradouro e profundo, causando cicatrizes que permanecerão por toda a vida. Quanto aos aspectos do impacto psicológico do abandono afetivo

paterno, tem-se que resultam, especialmente, em problemas de autoestima, ansiedade e depressão.

A autoestima de uma criança ou adolescente é, geralmente, moldada pelas mensagens por eles recebidas a respeito de seus valores e importância, ao passo que, quando os pais se perfazem emocionalmente retraídos, ausentando-se de afetos, os filhos podem internalizar essa ausência como uma expressão de seu valor, levando ao que se chama de autoestima fraca ou baixa. Sentimentos de rejeição e desvalorização podem aparecer e afetar a forma como o infante se percebe e interage com o ambiente externo. O prejuízo à autoestima pode se desenvolver de diversas formas, incluindo-se a ausência de autoconfiança, dificuldades de autoaceitação e a necessidade constante de validação por outras pessoas. Mencionados problemas emocionais podem persistir na fase adulta, afetando-se as relações interpessoais, e o desempenho acadêmico e prestígio profissional.

O abandono emocional causa aos menores intensos sentimentos e sensações, como o medo, ansiedade e insegurança. A incerteza sobre o amor e o cuidado de um dos pais gera preocupações persistentes e medos profundos de novamente serem abandonados, o que resulta na ansiedade da separação, a qual consiste na temerosa dificuldade das crianças em ficar longe de seus pais, ainda que temporariamente.

Além disso, a falta de apoio emocional as torna suscetíveis a transtornos como o “Transtorno de Ansiedade Generalizada (TAG) ou Transtorno de Pânico (TP), os quais fazem viver com constantes preocupações de um abandono iminente.

O abandono emocional paterno também está fortemente associado ao risco de depressão infantil. Crianças que não têm envolvimento emocional para com os pais podem desenvolver

sentimentos de tristeza, desamparo e solidão, eis que o déficit de apoio emocional prejudica sua resiliência emocional, causando-lhes depressão, a qual sua presença em crianças e adolescentes não afeta apenas o bem-estar emocional imediato, mas também impacta, a longo prazo, em seu desenvolvimento psicológico, de modo a embarçar-lhes o desempenho acadêmico, as relações sociais e capacidade de lidar com desafios futuros.

1.2 Abandono afetivo e responsabilidade civil

Para o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, em seu livro *Direito das Famílias*:

O abandono afetivo é uma expressão usada pelo Direito de Família para designar o abandono de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com um outro parente. É o descuido, a conduta omissiva, especialmente dos pais em relação aos filhos menores, e também dos filhos maiores em relação aos pais. É o não exercício da função de pai ou mãe ou de filho em relação a seus pais. Tal assistência para com o outro é uma imposição jurídica e o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, podendo ser fato gerador de reparação civil. (Pereira, 2022, p. 401).

O cerne aqui debatido está na evolução da questão da afetividade nas relações familiares, sobretudo, no ordenamento jurídico brasileiro. Fora da técnica jurídica há a possibilidade de

compreender a problemática e o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que “*amar é uma faculdade, mas o cuidado com o filho é dever de todo pai*”, o que, nada mais é do que um compromisso afetivo com sua prole.

A obrigação paterna não cessa com o pagamento da pensão alimentícia ou oferecimento de bens materiais aos filhos. O Direito e sua grandiosidade, acertadamente, fez buscar assegurar aos filhos não somente a presença, mas também o afeto do genitor. Posicionamento de grande repercussão sobre o assunto foi o da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.887.697/RJ:

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR

DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO. (REsp n. 1.887.697/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 23/9/2021.)

No referido caso, foi determinado que um genitor pagasse uma indenização por danos morais, no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais) à sua filha, em razão da ruptura abrupta da relação entre eles quando a menina tinha apenas seis anos de idade. No laudo pericial juntado aos autos do processo, constatou-se que, em razão do abandono afetivo, a garota sofreu graves consequências psicológicas e com problemas de saúde eventuais, como tonturas, enjoos e crises de ansiedade. Na decisão, o entendimento do colegiado foi no sentido de considerar não haver restrição legal para a aplicação das regras de responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, tendo em vista que, os artigos 186 e 927, do Código Civil tratam do tema de forma ampla, abstrata e irrestrita.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi: *“o recorrido ignorou uma conhecida máxima: existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho”*.

A ação foi ajuizada quando a requerente tinha 14 (quatorze) anos de idade, sendo representada por sua mãe. Segundo o relatado no acórdão, a relação com o pai durou até o fim da união estável entre ele e a genitora, quando o genitor deixou o lar e abdicou de participar da educação, criação e desenvolvimento da menor. Em razão disto, a garota precisou recorrer a tratamento

psicológico. Ademais, os princípios constitucionais referentes à dignidade da pessoa humana, solidariedade, paternidade responsável e, evidentemente, ao melhor interesse da criança e do adolescente, garantem direitos fundamentais a grupos como não somente de menores, mas a idosos e curatelados. O Código Civil também estabelece a obrigação de cuidado entre pais e filhos conforme (o art. 1.634, do Código Civil).

O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) também proíbe qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra idosos, com a promessa de punição legal por qualquer violação de seus direitos (conforme o art. 4º, do Estatuto do Idoso).

No âmbito do Direito Penal, abandonar uma pessoa que esteja sob sua responsabilidade, guarda, vigilância ou autoridade e que, por qualquer razão, seja incapaz de se proteger dos riscos decorrentes deste abandono, é tipificado como crime (cf. o art. 133, do Código Penal). A pena para esse delito é de 6 (seis) meses a 12 (doze) anos de prisão, dependendo da gravidade das ações praticadas.

O que se observa nos casos analisados nas instâncias da Justiça brasileira é que as consequências do abandono afetivo surgem, principalmente, com o fim do relacionamento conjugal entre os genitores de uma família. O papel psicossocial desempenhado pelo pai e pela mãe deve ser considerado separadamente do relacionamento conjugal, indo além das conexões biológicas. É fundamental compreender que os pais são, acima de tudo, figuras de função e prestação de serviços na vida de seus filhos, de modo que a conexão genética desempenha papel secundário nesse contexto. Com efeito, a verdadeira manifestação da paternidade e maternidade é aquela que se

baseia no afeto, caracterizando-se pelo comprometimento real com o bem-estar da criança. Essa forma de parentalidade, denominada “parentalidade socioafetiva”, deve ser construída continuamente, independentemente do estado civil dos pais (se são solteiros, casados ou divorciados).

As crianças e adolescentes desenvolvem sua personalidade a partir das suas vivências cotidianas. O exercício da paternidade e da maternidade é um bem jurídico indisponível no Direito de Família, cuja ausência pode ter repercussões negativas, principalmente no desenvolvimento de doenças mentais e transtornos psicológicos que somente os profissionais da Psicologia podem identificar. Para que não haja esse tipo de prejuízo, o Direito teve que se adequar à sociedade, mais uma vez, com a imposição de sanções àqueles que cometerem esse tipo de “agressão” aos seus filhos. Para Pereira:

É ausente o pai e a mãe que acredita que somente o sustento material é o suficiente para a criação de filhos. Com o fim da conjugalidade (ou mesmo se não houve conjugalidade), é comum que o genitor não guardião fique somente com o pagamento de alimentos, ficando o outro sobrecarregado para cumprir as funções de pai e mãe, cobrindo a ausência daquele que não está cumprindo o exercício do poder familiar. (Pereira, 2022, p. 403).

A Constituição Federal de 1988 acrescentou ao ordenamento jurídico brasileiro valores que marcaram uma nova era para o Direito de Família no Brasil. Neste contexto, destacou-se uma

abordagem centrada na valorização da pessoa humana no contexto familiar, enfatizando a proteção daqueles que são mais vulneráveis e estão em processo de formação da personalidade, (crianças e adolescentes). Assim, a diretriz para a resolução de conflitos envolvendo menores passou a ser o “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”. Este princípio estabeleceu os fundamentos dos direitos das crianças e adolescentes, reconhecendo que eles são seres em desenvolvimento, cujos direitos devem ser protegidos até que se tornem capazes de se autogovernar. É uma diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda e ao direito de visitas. Sistemáticamente, a negligência deve ser interpretada tanto no contexto material quanto no não material.

A concepção de paternidade e maternidade evoluiu, deixando de ser somente um conjunto de atribuições para se tornar um conjunto de responsabilidades destinadas a atender ao melhor interesse dos menores, sobretudo no que tange à convivência familiar, a qual deve ser considerada independentemente da existência ou da natureza do relacionamento entre os pais.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, *per si*, deveria ser suficiente para que a legislação brasileira garantisse o direito aos menores de manter relacionamentos com ambos os genitores e receber cuidados que além do aspecto material, incluindo-se aspectos educacionais, limites e orientações. Estes representam direitos fundamentais dos menores e deveres igualmente fundamentais dos pais, que persistem mesmo após o fim do relacionamento conjugal.

Não se olvide também que, além da Constituição Federal

resguardar direitos dos menores, a legislação infraconstitucional também apresenta definições importantes. O Código Civil, por exemplo, dispõe nos artigos 1.634, inciso II e 1.566, inciso IV, que os pais são responsáveis pela criação e educação dos filhos. De igual modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traduz em regras e desdobra os princípios constitucionais a responsabilidade em seus artigos 3º, 4º, 22 e 33.

Abordada a afetividade propriamente dita e as consequências que atualmente são discutidas no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a discutir outro aspecto, a saber, a responsabilidade. Gramaticalmente, significa “dever de responder pelo próprio comportamento, pelas ações de outras pessoas ou instituições; obrigação”. Com efeito, é responsabilidade do Estado garantir condições de sobrevivência a todas os seus populares. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] Essa palavra, responsabilidade, é o que hoje melhor define a relação parental. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638). Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia. Em virtude da

imprescindibilidade (*rectius*, exigibilidade) de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta (Moraes, 2019, p. 951- 952).

Diante disso, observa-se que, no Direito de Família, a responsabilidade para com o cumprimento do dever de assistência moral é um dever jurídico, cujo descumprimento pode ter como consequência a pretensão indenizatória. Pai e mãe não podem se divorciar de seus filhos, como bem descreve o enunciado IBDFAM n.º8, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões, em 2015: *O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.*

Discute-se exaustivamente a respeito da “monetização do afeto”. Teoricamente, a doutrina especializada apresenta, essencialmente, três correntes distintas de pensamento. A primeira delas sustenta que a afetividade é um princípio inerente ao Direito de Família no Brasil, mesmo que não explicitamente mencionado na Constituição da República, o que significa dizer que a afetividade é de fundamental importância nas relações familiares e deve ser considerada em todas as análises dos institutos de família. Entre os principais defensores desta

corrente encontram-se renomados como Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Caio Mário da Silva Pereira e Rolf Madaleno.

Não obstante, defensores da segunda corrente argumentam que a afetividade é apenas um valor significativo a ser considerado, mas não está formalmente incluída na lista de princípios do Direito de Família. Dentre os juristas que advogam essa teoria incluem-se Fábio Ulhoa Coelho, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Paulo Nader, Arnaldo Wald e Eduardo de Oliveira Leite.

Enfim, a terceira corrente se posiciona de opostamente à consideração da afetividade como um princípio, argumentando, inclusive, que ela não deveria ser abordada pelo Direito. Entre os proponentes dessa perspectiva, destacam-se autores como Regina Beatriz Tavares da Silva, Marco Túlio de Carvalho Rocha e Roberto Senise Lisboa.

O que se extrai de alguns textos é que, os doutrinadores da segunda e terceira correntes, usam o termo “monetização do afeto” quando se fala sobre reparação civil. No entanto, como já exposto, a manifestação de condutas negligentes pelos pais, diretamente violadoras dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, solidariedade familiar, assistência, criação e educação, deve ser reprimida com a reparação civil aos descendentes.

A reparação civil ou indenização visa, justamente, atender ao que não pode ser imposto coercitivamente. A reparação não significa atribuir um valor financeiro ao afeto. Aduzir que o pagamento de pensão alimentícia é suficiente na relação entre pais e filhos é reduzir essa relação a um parâmetro monetário³. O abandono pelos genitores não pode ser precificado, de modo que

nenhuma quantia financeira compensará a ausência familiar. Ou seja, o valor da indenização é simbólico, mas pode funcionar como afago e conforto para o bem-estar emocional. Caso não se considere tal raciocínio, concordar-se-á, implicitamente, que os pais não são responsáveis pela criação de seus filhos. Rodrigo da Cunha, grandiosamente ensinaque:

O descompromisso de pais com seus filhos, independentemente do divórcio, tem sido tão frequente em nossa realidade brasileira, que já se tornou um “sintoma” de nosso tempo. Muitos filhos não tiveram outra alternativa a não ser recorrer aos tribunais para buscar algum amparo ao seu desamparo advindo da ausência voluntária do pai. Nestes casos, recorre-se à justiça não em busca de ajuda material, pois para isso há formas jurídicas mais céleres e mais práticas. Como disse, não é o valor da indenização que vai recompor ou restituir o afeto negado ou omitido aos filhos. Certamente, quando esses filhos chegaram às barras dos tribunais, já haviam esgotado todas as formas consensuais de tentativas de aproximação com seus pais. A quase totalidade desse abandono é por parte do pai. Dificilmente a mãe abandona um filho após o nascimento, a não ser em situações trágicas, ou quando o entrega à adoção, o que pode significar um ato de responsabilidade (Pereira, 2022, p. 408).

Nesse sentido, as duas câmaras especializadas em Direito

de Família do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se posicionaram sobre a hipótese de indenização pelos genitores em razão do abandono afetivo, visto que a conduta de abandonar constitui-se ato ilícito, além de reiterar a função pedagógica e compensatória da indenização.

Conclusão

Diante do exposto, é de se reiterar que o objetivo principal da presente monografia é examinar a questão do abandono afetivo paterno e sua interação com o princípio da afetividade no Direito de Família contemporâneo, com o fim de compreender seus impactos e as possibilidades que assegurem direitos e a reparação dos danos. Urge aprimorar a compreensão do abandono afetivo e avaliar a possibilidade da difusão da reparação dos prejuízos decorrentes dele. O exame da questão permite estabelecer uma relação dialética entre o campo do Direito e da Psicologia que, nas respectivas limitações, contribuem para a discussão, em vez de manter uma abordagem paralela contínua.

A questão do abandono afetivo paternal e o princípio da afetividade no Direito de família contemporâneo são tópicos de extrema relevância e complexidade, os quais foram explorados na presente, assim como se demonstrou que as relações familiares evoluíram ao longo do tempo, destacando-se a importância da afetividade na tomada de decisões judiciais em sede de ações que envolvam guarda, visitação e pensão alimentícia. Claramente, os Tribunais têm reconhecido, exponencialmente, o valor da afetividade na relação entre pai e filho, priorizando o bem-estar deste.

No entanto, a análise deste tema igualmente revela desafios

significativos, visto que a definição do abandono afetivo paterno é, muitas vezes, subjetiva, o que causa interpretações diversas e complexas, além de que a legislação e as decisões judiciais nem sempre são aptas a abordar todas as nuances das relações familiares modernas.

No Direito de Família moderno, é fundamental encontrar o equilíbrio entre o reconhecimento do princípio da afetividade e a necessidade de proteger os direitos das crianças e adolescentes. Equilíbrio este que pode ser alcançado por uma abordagem centrada no interesse superior da criança, considerando a qualidade das relações familiares e o ambiente emocional em que a criança está inserida.

Destaque-se que, enquanto o reconhecimento da afetividade como um elemento crucial nas relações familiares é um avanço positivo, é essencial que o sistema legal e jurídico continue em evolução para atender às necessidades das famílias, que sofrem constantes mudanças, e garantir que o bem-estar das crianças e adolescentes seja sempre a prioridade máxima. De igual modo, reitere-se que há um dano imaterial e moral decorrente do abandono afetivo, o qual merece ser compensado ou reparado por meio de ações indenizatórias, pois o afeto se insere nas obrigações de cuidado, que não podem ser negligenciadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar**. Revista *Advocatus*, Pernambuco, n. 1, março, 2011. Disponível em <https://esape.com.br>. Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 11 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil brasileiro. Brasília, Distrito Federal: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma. **Recuso Especial n.º 1.887.697, Rio de Janeiro**. Direito de Família. Abandono afetivo. Reparação de danos morais. Pedido juridicamente possível. Aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares. Obrigação de prestar alimentos e perda do poder familiar. Recorrente: A.M.B.P. DE M. Recorrido: M.G.P. DE M. Relator: Min. Nancy Andrichi, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 de outubro de 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. 37ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2023

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>. Acesso em: 16 abril de 2022.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciado 08**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A responsabilidade e a reparação civil em Direito de Família. Tratado de Direito das Famílias**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. 3 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Edson Fachin. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE AOS CRIMES TIPIFICADOS NA LEI Nº. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 (LEI DE DROGAS)

Brenda Macêdo Correia

Erasmoo Carlos Amorim Morais

Fernando Sobrinho Oliveira

Introdução

Inegavelmente a sociedade hodierna, de um modo geral, vem enfrentando os mais variados problemas ocasionados pela comercialização e consumo indiscriminados de substâncias entorpecentes, de tal sorte que o Estado, seja na criação de normas, seja na aplicação dessas, tem lançado mão de institutos jurídico-penais visando à atenuação dos inconvenientes causados nas suas mais variadas facetas, como a saúde e a ordem públicas.

Diante de tal cenário, principalmente no tocante à aplicação da Lei de Drogas aos casos concretos em que há a subsunção de determinado fato aos verbetes incriminadores da lei, surge importante discussão acerca da aplicação do princípio da insignificância em casos que, *a priori*, ocasionem irrelevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma em comento, de modo a afastar qualquer reprimenda penal por parte do Estado.

É pacífico o entendimento, jurisprudencial e doutrinário, da aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal. Não obstante, em relação aos delitos previstos na Lei de Drogas, tendo em vista as modalidades de crimes previstos, há divergências acerca da possibilidade da aplicação do princípio em comento, principalmente quanto ao crime tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas, Art. 28: “quem adquirir, guardar, tiver em depósito,

transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]” (BRASIL, 2006, [n.p])

Diante disso, o presente estudo pretende investigar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes capitulados na Lei nº 11.343/2006, e para atingir o escopo delineado estruturou-se o trabalho em três capítulos, abordando, inicialmente, no Capítulo I, a aplicação dos princípios no Direito, enfatizando sobre o princípio da insignificância em sede de Direito Penal.

No Capítulo II, será estudada a Lei nº11.343/2006 (Lei de Drogas), analisando o conteúdo da norma, abstraindo-se o cerne a que se propõe atingir, explicando, sobretudo, a natureza jurídica dos crimes definidos na referida Lei. Por fim, no Capítulo III, explanar-se-á acerca da (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes tipificados na Lei de Drogas, sob a égide do bem jurídico tutelado pela norma: a saúde pública.

Destarte, a análise dessa situação levar-nos-á a conclusão sobre a possibilidade de se compatibilizar de maneira proporcional os direitos conflitantes, a partir do entendimento doutrinário bem como dos julgados mais recentes das cortes superiores sobre o tema, discutindo a possibilidade de um posicionamento uníssono em prol da segurança jurídica.

1. Princípio da insignificância

A doutrina apresenta divergências com relação à origem histórica do princípio da insignificância. Uma parcela dos

doutrinadores afirma que seu início remonta ao Direito Romano, outros defendem que surgiu através do pensamento liberal dos jusfilósofos iluministas, ligando tal princípio ao da legalidade, resultando de um desdobramento da natureza fragmentária do Direito Penal. Por seu turno, outra parte defende que surgiu na Europa, com a explosão das Duas Grandes Guerras e das crises sociais delas decorrentes, época essa em que houve um surto de pequenos furtos, devido à fome e principalmente ao desemprego instaurado, dando ensejo aos chamados “crimes de bagatela”.

Hodiernamente, a doutrina é uníssona ao concordar que o jurista alemão Claus Roxin seja seu principal propagador, trazendo como corolário de aplicação do supracitado princípio a exclusão da tipicidade material da conduta. O ponto inicial, utilizado pelo autor, foi o crime de constrangimento ilegal. Depois, com base na fragmentariedade do Direito Penal, segundo o qual o direito penal deve punir os ataques mais relevantes e intoleráveis aos bens jurídicos, protegeu a ampliação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade de outras condutas que ofendessem de forma irrisória o bem jurídico tutelado.

Senão vejamos, sobre o tema, a lição de Bittencourt (2009, p. 21-22):

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino ‘*minima non curat praetor*’. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa

a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva pro- porcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau- trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade. Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, 'a insignificância só pode

surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

Assim, como cita Bittencourt (2009, p.21-22), valendo-se do brocardo ‘não liga para o menor protetor’, Roxin afirma que a insignificância de um crime afasta sua tipicidade, uma vez que sendo irrelevante e não lesando expressamente um bem jurídico ou afetando a ordem social, não se atrai a aplicação da norma penal, uma vez que essa é a *ultima ratio* no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, vale ressaltar que a insignificância deve ser valorada no contexto global da ordem jurídica. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu requisitos para fins de aplicação do princípio da insignificância, sendo eles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Vejamos abaixo o posicionamento da Corte Suprema:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas:

(i) mínima ofensividade da conduta do agente;
(ii) nenhuma periculosidade social da ação;
(iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;

(iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio.

Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta.

2. Agravo regimental desprovido.

(HC 175945 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020, grifo nosso)

Deve-se, portanto, analisar o contexto da lesão praticada e da (ir)relevância de seus efeitos perante o bem jurídico tutelado e a ordem social para fins de aplicação do referido princípio.

2 Princípio da insignificância e sua relação com outros princípios

O princípio da insignificância tem ligações estreitas com muitos outros princípios do Direito Penal. Entretanto, conquanto seja correlato a outros princípios, o princípio da insignificância com eles não se confunde, conforme explanaremos, sem esgotar o

tema, atendo-se mais aos princípios da intervenção mínima ou da subsidiariedade, princípio da fragmentariedade e o princípio da adequação social.

O princípio da insignificância tem uma relação íntima com o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade. Tomando por base tais princípios, o Direito Penal só é designado a atuar em último caso, quando as demais áreas do Direito não tiverem mais capacidade de proteger o bem jurídico tutelado. O Direito Penal tem, portanto, caráter subsidiário e fragmentário, ou seja, só se devem criminalizar aquelas ações ou omissões que não tiverem solução adequada utilizando outros ramos do Direito.

O princípio da intervenção mínima está relacionado com o processo legislativo a ser observado na elaboração das leis penais e, conforme leciona Cássio Prestes, o Direito Penal só será aplicado, então, quando todos os ramos do Direito falharem. É o que se denomina de Direito Penal como *ultima ratio*, como última barreira do sistema jurídico, último recurso.

Pelo princípio da fragmentariedade, considerado como um acréscimo do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deverá tutelar os bens jurídicos mais importantes, das atuações mais lesivas, ou seja, mais graves. Segundo a doutrina de Ivan Silva, o princípio da fragmentariedade serve de base primordial para o princípio da insignificância “à medida em que este só permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem atacado”. (Silva, 2004, p. 124). De outra banda, o princípio da adequação social determina que só existe tipicidade quando há relevância social. Desse modo, se a conduta é socialmente apropriada, a sua tipicidade é dirimida pela relevância social. Conforme Greco (2006) o princípio da

adequação social serve além de orientar o legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas, também de instrumento para a interpretação dos tipos penais existentes.

Aduz Toledo (1994) que Welzel acata que o princípio da adequação social seria suficiente para excluir certas lesões insignificantes, por isso Claus Roxin pretendeu introduzir outro princípio no sistema penal para a determinação do injusto, que acionaria da mesma forma, como regra auxiliar de interpretação. Este princípio é nominado como princípio da insignificância, que transige, na maioria dos tipos, afastar os danos de pouca importância.

Ainda para Assis Toledo (1994, p. 133) os princípios da adequação social e da insignificância se arrematam e se ajustam à geração material do tipo de injusto, “pelo princípio da insignificância, o direito penal só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”. O doutrinador ainda observa que a progressão quantitativa e qualitativa do crime permite que a conduta penalmente insignificante seja excluída da tipicidade penal, mas pode receber tratamento adequado, se necessário, como ilícito civil ou administrativo, por exemplo, quando assim exigirem os preceitos legais ou regulamentares extrapenais.

3 Diferença entre princípio da insignificância e irrelevância penal de fato

Breviloquente, na lição de Prestes:

A principal diferença entre os dois princípios baseia-se em quais tópicos devem ser

levados em consideração para que se reconheça, ou um ou outro. Explica-se: a criminalidade de bagatela leva em consideração somente o desvalor do resultado, ou seja, para que recaia somente sobre o nível da lesão causada, desprezando-se o desvalor da conduta ou a culpabilidade do agente. Assim, se o resultado produzido, se a lesão ao bem jurídico é irrisória, insignificante, o fato é materialmente atípico, fundamentando-se no princípio da insignificância. Por outro lado, a irrelevância penal tem por base não só o desvalor do resultado causado, mas a esta acresce uma análise sobre o desvalor da conduta e da culpabilidade do agente. Portanto, para que se depare com uma infração bagatelar devem concorrer cumulativamente a insignificância da conduta, do resultado e da culpabilidade do agente. O último requisito mencionado se verificará quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao agente. [...] Por fim, não ocupam os dois princípios a mesma posição topográfica dentro do fato punível. O princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade do fato; o princípio da irrelevância penal do fato é causa de dispensa da pena (Prestes, 2002, p.54).

O princípio da insignificância não se confunde com o princípio da irrelevância penal do fato. O primeiro enseja o arquivamento ou o não recebimento da ação ou então a

absolvição penal nas atribuições de fatos em razão da insignificante ofensa ao bem jurídico tutelado. Doutra banda, o princípio da irrelevância penal do fato não aparta a tipicidade material da conduta, uma vez que o fato será típico, ilícito e culpável. Acontece a viabilidade de não aplicar a pena no final do processo perante um dano pouco relevante ao bem jurídico que foi consertado pelo agente e pela inexistência de antecedentes penais. Existe, portanto, uma valoração judicial na sentença e conclusão pela desnecessidade de aplicação de pena.

3.1 Aplicação do princípio da insignificância

Como salienta Fernando Capez, o princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato. Destarte, não é concebível afirmar, por exemplo, que todas as contravenções penais são insignificantes; se forem de menor potencial ofensivo, submetem-se ao procedimento sumaríssimo, beneficiam-se de institutos despinalizadores, mas não são, *a priori*, insignificantes.

Na aplicação prática do princípio, é imprescindível agir com diligência, de maneira criteriosa e minuciosa, observando as circunstâncias objetivas e subjetivas que contornam o caso concreto. Deste modo, impede-se a deturpação do realalcanço do instituto fomentando, conseqüentemente, a criminalidade. Por conseguinte, é essencial fazer a análise do que é insignificante – que afastaria a tipicidade – caso a caso, de acordo com as suas peculiaridades.

Nas palavras de Costa (2007, p. 138):

A dimensão material de uma proibição pode ter sua constitucionalidade aferida em abstrato

pelos princípios da intervenção mínima ou da lesividade, ou em concreto pelo princípio da insignificância. Ou seja, uma proibição penal pode extrapolar os limites do poder punitivo estatal (e ser considerada inconstitucional) por violação do âmbito necessário de proibição (intervenção mínima), por violação do núcleo pessoal de atuação livre da interferência estatal (lesividade) e ser inconstitucional ou, ao revés, ser adequada a estes preceitos, mas, no caso concreto, revela-se desmedida a sua aplicação, em face do seu sentido original.

Como já bem explanado, o princípio da insignificância objetiva desconsiderar, por ínfima afetação do bem jurídico, a atividade do Direito Penal, uma vez que o teor do injusto se mostra tão insignificante que não permanece razão para aplicação de sanção penal.

Sua regular aplicação nas decisões dos Tribunais Superiores vem manifestando sua aceitação e indicando para a sua consolidação na doutrina e jurisprudência pátria. Funciona como causa de exclusão da tipicidade, exercendo uma interpretação restritiva do tipo penal. Conforme se vê no posicionamento do STF na ementa colacionada do HC Nº 47.254 – RS, *in verbis*: “Valor ínfimo da res furtiva (R\$6,98) impõe aplicação do princípio da insignificância, imolando (sic) atipicidade da conduta. 2. Não se vislumbra, no caso, gravidade suficiente para se movimentar o Poder Judiciário. (STF – HC 92.961/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 1.12.2007)”.

Dessa maneira, a aplicação do princípio da insignificância não fica sujeita a critérios controversos. Conforme a jurisprudência imperante na Corte Suprema, além do valor da *res furtiva*, alguns requisitos de ordem objetiva são considerados para a verificação da sua aplicabilidade, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Com relação aos requisitos subjetivos, não há constância jurisprudencial. Em alguns julgados, para a caracterização de ato jurídico como insignificante são incabíveis considerações de ordem subjetiva (AI 559904, rel. Min. Sepúlvera Pertence), tendo como precedentes HC 84412/SP e HC 77003/PE. Por outro lado, há entendimento que se faz necessário a exigência de tais requisitos. Na esteira da orientação do Superior Tribunal de Justiça:

O pequeno valor da *res furtiva* não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão. (STJ, Quinta Turma, HC 36.947/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 04.10.2005, DJ de 14.11.2005 p.351).

Desse modo, para precisar a global insignificância da conduta, devem ser acrescentados os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.

3.2 Considerações iniciais sobre a hodierna lei de drogas

Ab initio, impende destacar que a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), não obstante o cerne do presente estudo ser a análise da parte criminal/penal da norma, não se limita a dispor apenas sobre crimes e suas respectivas sanções, mas igualmente discorre acerca da prevenção do uso indevido de drogas, que possui definição inscrita no parágrafo único do artigo 1º da Lei de Drogas, *in verbis*:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (Brasil, 2006, [n.p])

Nesse sentido, foi instituído pela Lei de Drogas o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD (artigo 1º da Lei 11.343/2006), e regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006, que tem como escopo a articulação das atividades relacionadas com a prevenção ao uso e a repressão à produção não autorizada, bem como com a atenção e a reinserção social do indivíduo usuário ou dependente de droga.

Destarte, abstrai-se da norma que o seu cerne é discriminar juridicamente o usuário e/ou dependente do traficante, a partir do “[...] compromisso com uma nova proposta em relação ao usuário e dependentes de drogas: prevenção, atenção e reinserção social, conforme estabelece o inciso I do artigo 3º da Lei” (Prudente, 2016, p.333).

3.3 Classificação doutrinária do crime: crime de dano e crime de perigo

Para a aferição da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes definidos na Lei de Drogas, faz-se mister a abordagem sobre a classificação do crime quanto “ao grau de intensidade do resultado almejado pelo agente como consequência da prática da conduta” (Masson, 2017, p. 220).

Nesse sentido, o crime será classificado entre crime de dano e crime de perigo, em que, para a consumação delituosa, o crime de dano restará evidenciado caso ocorra lesão concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal; já para o crime de perigo, a consumação do delito realizar-se-á pela exposição do bem jurídico protegido a alguma lesão, prescindindo de uma concreta lesão.

O crime de perigo subdivide-se, ainda, em perigo concreto e em abstrato. Para a consumação de um crime de perigo concreto é imprescindível que se demonstre inequivocamente que o bem jurídico protegido foi posto em perigo de lesão; ao contrário, no crime de perigo abstrato é suficiente, para a sua consumação, a mera realização da conduta tipificada na lei penal, prescindindo de qualquer comprovação do

risco de lesão, nesse caso “[...] há presunção absoluta (*iures et de iure*) de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos” (Masson, 2017, p. 220).

Ademais, aduz Renato Brasileiro de Lima:

[...] Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária [...] (Lima, 2016, p.695).

No tocante aos crimes capitulados na Lei de Drogas, tendo em vista que a proteção normativa repousa sobre a saúde pública, tem-se que se tratam de delitos de perigo em abstrato, prescindindo, assim, de efetiva lesão ou mesmo concreta exposição à lesão do bem jurídico tutelado.

3.4 O princípio da insignificância e os crimes tipificados na lei de drogas

Conforme já demonstrado no capítulo inaugural do presente estudo, está sedimentado o entendimento de que é plenamente válido a utilização do princípio da insignificância no ordenamento jurídico-penal pátrio, com incidência sobre a tipicidade material da conduta delituosa praticada, sob a égide da efetiva relevância ofensiva da lesão ocasionada ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Destarte, passa-se à análise específica acerca da (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes definidos na Lei de Drogas, tendo em vista, conforme já exposto, tratem-se de crimes de perigo presumido (abstrato), mesmo no âmbito do crime de porte de droga para consumo próprio (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006).

Dito isso, faz-se mister dispor sobre o posicionamento da doutrina e dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), a fim de entender em qual sentido palmilha o entendimento dos juristas nacionais acerca do tema proposto.

3.5 Porte de drogas para consumo próprio

A doutrina pátria diverge quanto à possibilidade (ou não) da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei de Drogas, sobretudo quanto ao delito de porte de droga para consumo próprio.

Diante da presunção absoluta determinada pela Lei de que há perigo em abstrato à saúde pública mesmo diante da posse de droga para consumo próprio, há doutrinadores que argumentam a inadmissão do princípio da insignificância ao crime definido no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Nesse sentido:

O art. 28 da Lei de Drogas descreve crime de perigo presumido, abstrato, pois pune o risco à saúde pública, representado por quem detém o entorpecente. Por essa razão, não importa a quantia da droga portada. Sendo constatada a existência do

princípio ativo, haverá crime. (Gonçalves; Junior, 2019, p. 142).

Na mesma esteira, explica Lima (2016, p.704):

[..] para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para o seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade.

Sustenta-se ainda que a quantidade ínfima de droga é elementar do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, além do que a despenalização do porte de droga para consumo próprio pelo legislador, ao tolher a possibilidade da pena privativa da liberdade, externando o objetivo eminentemente pedagógico da reprimenda, afasta a alegação da atipicidade material do delito. Nesse sentido:

Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de ao agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância de entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao ditar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do

art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a saúde, além de evitar a reiteração do delito. (Lima, 2016, p. 704).

A despeito da alegação de que a quantidade ínfima de droga é intrínseca ao crime tipificado no artigo 28 da Lei nº11.343/2006, alguns doutrinadores defendem que é possível o reconhecimento da insignificância quando se está diante de uma pequena quantidade de entorpecente, porquanto não há de se cogitar risco ao bem jurídico protegido. Nesse sentido, assevera Andreucci (2017, p.280):

[...] nada impede a aplicação do referido princípio ao crime do art. 28 da Lei de Drogas, calcada na máxima latina de *minimis non curat praetor*. Nesse caso, a conduta do agente é de mínima ofensividade, não apresentando periculosidade social, com reduzidíssimo grau de reprovabilidade, provocando lesão jurídica inexpressiva. De crer, portanto, que a resistência das cortes superiores em aplicar a este crime o princípio da insignificância se funda mais em razões morais e de política criminal (questionável) do que propriamente em risco social e saúde pública.

Corroborando com esse entendimento, leciona Nucci :

Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínimo que seja, se o jurídico tutelado não for realmente lesado. A quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28. Logo, alteramos a nossa anterior posição e passamos a admitir o princípio da insignificância para o portador de írrita quantidade de droga. (Nucci, 2010, p.345).

Ante o exposto, vê-se que a divergência doutrinária paira sobre ser a pequena quantidade de entorpecente, que é ínsito ao próprio preceito do crime tipificado, ofensivo ao bem jurídico tutelado, mas não se pode deixar de analisar a intenção pedagógica da(s) pena(s) a ser(em) imposta(s), nem prescindir da proporcionalidade entre a conduta praticada, que põe em risco a sociedade/coletividade, e a reprimenda determinada, que estão menos invasivas na hodierna Lei de Drogas.

3.6 Demais crimes definidos na lei nº11.343/2006

A divergência doutrinária que se denota do estudo sobre o princípio da insignificância ao porte de drogas par consumo pessoal já não possui a mesmaintensidade quando da análise dos

outros crimes estabelecidos na Lei nº 11.343/2006. Sobretudo por se relacionarem ao tráfico ilícito de droga, de natureza hedionda, realiza-se uma ponderação maior acerca da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previsto nos artigos 33 e seguintes da Lei 11.343/2006.

A doutrina majoritária pugna pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de tráfico ilícito de drogas, bem como aos demais crimes a ele relacionados, tendo em vista que os problemas gerados à sociedade são de eminente relevância. Lima (2016, p.736) explica que:

Por mais que alguém seja flagrado entregando ínfima quantidade de droga a terceiro para fins de consumo, como se trata de crime abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado par o combate à divulgação e propagação do uso de drogas. Afinal, cuida-se o tráfico de drogas, de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

Guilherme de Souza Nucci, conquanto defenda a incidência do princípio da insignificância ao porte de droga para consumo

próprio, entende não ser plausível a admissão do princípio da insignificância ao tráfico ilícito de droga, senão vejamos:

Aquele que preenche os tipos penais dos arts. 33 ou 34, ainda que seja pequena a quantidade de droga apreendida, não pode valer-se do denominado *crime de bagatela*, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e o traficante raramente se contenta em materializar o crime só uma vez. Sem a punição devida, uma vez detectada a infração penal, a reiteração é quase certa, além do que as quantidades de entorpecentes tendem a crescer cada vez mais. [...] Em suma, constituindo crime de perigo abstrato e estando em jogo a saúde pública, não vale a excludente de tipicidade. (Nucci, 2010, p. 362).

Em sentido contrário, Cabette e Sannini Neto (2018)⁴ defendem que deve ser analisado caso concreto, perquirindo se a eventual reprimenda prevista não seja discordante da conduta praticada. Na visão dos autores:

[...] em situações pontuais, o reconhecimento do tráfico de drogas com a imposição de todos os seus rigores jurídico-penais, inclusive os previstos na Lei dos Crimes Hediondos, nos parece desproporcional. Para ilustrar nossa posição nos valem os seguintes exemplos. É cediço que entre as condutas punidas no artigo 33, da Lei de Drogas, está o núcleo

“fornecer”. Isso significa que o simples fornecimento da droga, ainda que sem qualquer intenção de lucro, pode caracterizar a infração penal em questão.

Nesse contexto, imaginem o cenário em que um usuário de “maconha” resolva abandonar o vício. Ocorre que ele ainda mantém em sua posse 100 gramas da droga e, para não a jogar fora, resolve fornecê-la a um amigo sem qualquer contraprestação financeira. É evidente que nesse exemplo a conduta encontra adequação típica no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mais especificamente no verbo “fornecer”. Há, portanto, tipicidade formal ou legal. Contudo, parece-nos que nessa hipótese o bem jurídico tutelado não é lesionado de maneira relevante, razão pela qual, deve-se reconhecer a atipicidade material da conduta por meio da aplicação do princípio da insignificância.

O mesmo ocorreria na hipótese em que um usuário de ecstasy “fornecesse” apenas um comprimido da droga a um amigo para que ele a consumisse em uma raive. Aqui, tal qual no exemplo anterior, a conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica, devido à irrelevância da lesão ao bem jurídico tutelado. Em tais situações, portanto, deve ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância para afastar a incidência do artigo 33, caput, da Lei de Drogas (Cabette; Sannini Neto, 2018, [n.p]).

Conforme exposto, ainda é mais nítido o risco à saúde pública, à coletividade, quando se está diante do comércio ilícito de drogas, tendo em vista a difusão desses tóxicos e o estímulo ao cometimento de outros delitos para a alimentação desse comércio.

Conclusão

Não há de olvidar que os Princípios no Direito, expressos ou implícitos, têm força normativa de imposição de conduta tanto aos indivíduos quanto ao próprio Estado, e no Direito Penal os princípios, e não poderia ser diferente, tem atuação importante para as garantias do direito.

Após a positivação em abstrato de determinada conduta, por ser o objeto tutelado relevante para a sociedade, como tipo penal com a cominação de sanção da prática em concreto, faz-se mister analisar a ação realizada no caso concreto, pois, não obstante o enquadramento perfeito ao tipo penal previsto, deve ter ocasionado uma importante lesão, ou eminente perigo de dano, ao bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, há a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância à prática de infrações penais, o que é sedimentado na doutrina e jurisprudência pátrias, pois além de se observar que a conduta praticada se subsume ao verbete do tipo penal previsto em lei, deve-se analisar a potencialidade do resultado causado e a consequente penalidade a ser imposta ao sujeito ativo.

Entretanto, a incidência do princípio da insignificância não é absoluta, requer-se o cumprimento, aferido no caso concreto, de requisitos mínimos, como o desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Mas quando se trata da aplicação do princípio da insignificância sobre os delitos definidos na Lei de Drogas, têm-se que ter como base, além do cumprimento dos requisitos cumulativos estabelecidos pela jurisprudência pátria, a natureza jurídica dos tipos penais definidos na referida Lei, que, tendo em vista ser a saúde pública o bem jurídico tutelado, se trata de crime de perigo abstrato, prescindindo, assim, de efetiva lesão ou mesmo concreta exposição a perigo do bem jurídico tutelado, sendo, portanto, inviável o afastamento da tipicidade material da ação pelo princípio da insignificância.

Mesmo quando se trata da prática da conduta do porte de drogas para consumo próprio, delito sobre o qual mais repousam celeumas sobre o tema aqui proposto, persiste a periculosidade social da ação, além do que a pequena quantidade de entorpecente é intrínseca à própria conduta, razão pela qual deve haver mitigação do princípio da insignificância nesses casos. A reprimenda prevista é compatível com a natureza do delito, evidenciado a própria mudança de paradigma da hodierna Lei de Drogas, que dispensa um tratamento mais ameno ao usuário/dependente de drogas, distanciando-se daquele que pratica a mercancia ilegal de entorpecentes.

Ademais, a postura do legislador ao editar a novel Lei de Drogas, com a despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, compatibiliza, de maneira proporcional e razoável, o

conflito de direitos: individual/privado e o social/coletivo, porquanto não se trata de uma consequência desproporcional à conduta do indivíduo, ao passo que visa a atenuar, pelo menos, as mazelas sociais ocasionadas pela disseminação indiscriminada de substâncias entorpecentes, sendo, assim, possível a adoção de uma postura uníssona que vise a satisfazer a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343 – 23 ago. de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. **Diário Oficial da União**: Brasília, 23 ago. 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NETO, Francisco Sannini. **O princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela nos crimes previstos na lei de drogas**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68325/principio-da-insignificancia-deve-ser-aplicado-com-cautela-nos-crimes-previstos-na-lei-de-drogas> Acesso em: 10 mai. 2021.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais do Direito Penal**. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES. Victor Eduardo Rios; JUNIOR. José Paulo Baltazar. **Legislação penal especial esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Volume 1. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral – volume 1. São Paulo: Método, 2017.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRESTES, Cassio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Políticas de drogas no Brasil: desafios e soluções**. In.: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmático e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

STF – **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 430105 RJ**. Relator Ministro SepúlvedaPertence. DJe 27.04.2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

O IMPACTO DA AUTOMAÇÃO E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO VÍNCULO LABORAL NO BRASIL

Dione Cardoso de Alcântara

Biatriz Ribeiro de Sousa

Mônica de Moraes Abreu

Introdução

Nos últimos anos, o avanço tecnológico tem dado origem as Inteligências Artificiais capazes de resolver problemas anteriormente considerados incômodos e que demandavam tempo extenso de execução, bem como à automação de tarefas repetitivas. Esses progressos estão potencialmente redefinindo as atividades laborais e suscitando questões sobre o futuro do trabalho e do vínculo empregatício. Ao longo da história, a tecnologia vem substituindo o trabalho humano, desde a Revolução Agrícola até a atual Revolução Industrial 4.0, que incorpora inovações em automação, controle e tecnologia da informação nos processos de produção. A introdução dessas novas tecnologias tem modificado constantemente o mercado de trabalho, resultando na eliminação de empregos e na necessidade de desenvolver novas habilidades por parte dos trabalhadores.

Para compreender as mudanças nos vínculos laborais, é crucial distinguir as tecnologias utilizadas: automação e IA. A automação refere-se à utilização de máquinas para realizar tarefas com o mínimo de intervenção humana (Aulete, 2011). Por outro lado, conforme a classificação proposta por Brookshear (2013), a IA refere-se a sistemas autônomos capazes de realizar tarefas complexas sem intervenção humana, exigindo percepção e raciocínio. Estas mudanças têm implicações significativas nas

relações trabalhistas da Nova Era Tecnológica, regidas por leis e normas que estabelecem direitos e responsabilidades tanto para empregadores quanto para trabalhadores.

A crescente substituição do trabalho humano pelas inovações tecnológicas, fez surgir desafios relacionados ao vínculo laboral, tais como o desemprego e a precarização do trabalho. Esses desafios podem ter efeitos adversos para os trabalhadores, incluindo menor estabilidade financeira e segurança no emprego, bem como dificuldades no acesso a benefícios trabalhistas e previdenciários. Portanto, o avanço tecnológico está reconfigurando profundamente o cenário do trabalho e exigindo uma análise cuidadosa das implicações sociais e legais dessas mudanças.

O desenvolvimento do presente estudo será guiado pela pergunta: Como a automação e a IA afetam o vínculo laboral no Brasil?

Nesse contexto, os objetivos deste artigo incluem analisar a repercussão que as novas tecnologias podem ter no mercado de trabalho no Brasil, e verificar se há criação ou destruição de postos de trabalho, bem como alterações nas atividades laborais e na qualificação exigida dos trabalhadores.

Ademais, serão considerados o quadro regulamentar brasileiro sobre o tema, buscando identificar lacunas e limitações na proteção dos trabalhadores diante das mudanças tecnológicas.

A metodologia utilizada adota uma perspectiva sistêmica e normativa na orientação de uma revisão bibliográfica narrativa, a fim de elaborar um "diagnóstico do tempo presente", Nobre (2008), com base em uma perspectiva crítica. Essa abordagem permite examinar como os diferentes elementos da literatura se conectam e se influenciam mutuamente, garantindo a inclusão de

trabalhos de alta qualidade e relevância, orientando-se por critérios normativos rigorosos na seleção das fontes de referência.

O estudo é fundamentado em um método indutivo, que nos possibilita capturar novas perspectivas e tendências emergentes no campo, tornando a análise das situações jurídicas intrinsecamente ligadas às tendências estruturais do modelo de organização social. Além disso, utiliza-se uma abordagem qualitativa para interpretar conceitos e argumentos presentes na literatura revisada, estabelecendo assim um caminho lógico para obter uma compreensão mais aprofundada e abrangente do tema em questão. Isso desempenha um papel fundamental, à semelhança da aplicação do método de interpretação jurídica sistemática, que examina o sistema no qual o documento legal se insere e estabelece conexões com os outros elementos do ordenamento jurídico geral (Canfão, 2013).

O presente estudo aborda a evolução histórica da automação e da IA no vínculo laboral, analisa o impacto das novas tecnologias no mercado de trabalho brasileiro, e discute as transformações no mercado de trabalho em termos de qualificação e emprego. Além disso, destaca as lacunas e limitações na proteção dos trabalhadores diante das mudanças tecnológicas. Por fim, reflete sobre as implicações dos resultados para o mercado de trabalho brasileiro e sugere direções para futuras pesquisas.

Evolução histórica da automação e da inteligência artificial no vínculo laboral

O impacto da automação e da IA no vínculo laboral está inserido em um contexto global de transformação tecnológica que vem afetando significativamente o mercado de trabalho em todo o mundo. No Brasil, essa transformação tem suas

particularidades, mas segue tendências globais, conforme se verifica ao analisar o contexto histórico sobre os desenvolvimentos tecnológicos:

A Revolução Industrial representou um marco histórico significativo, caracterizado pela transição dos métodos tradicionais de fabricação artesanal para a introdução de máquinas e novos materiais, redefinindo assim os processos produtivos. Segundo Brasileiro (2022), esse período de transformação revolucionária impulsionou avanços tecnológicos e alterou profundamente a maneira como a sociedade produzia bens e mercadorias, conforme demonstrado a seguir.

A Primeira Revolução Industrial, iniciada no século XVIII com o uso da energia a vapor, a construção de ferrovias e a mecanização da produção, revolucionou a fabricação. O processo anterior, que envolvia a produção manual de roscas em rodas de fiar simples, foi substituído por uma versão mecanizada que aumentava a produção, atingindo proporções inimagináveis. Destaca-se como um evento de extrema relevância a criação da primeira máquina a vapor por James Watt em 1733, e posteriormente o desenvolvimento de tecnologias como navios a vapor e, cerca de um século depois, locomotivas a vapor, causando mudanças massivas, permitindo que seres humanos e mercadorias se deslocassem por grandes distâncias em menos tempo (Brasileiro, 2022).

Com o desdobramento dessas inovações, emergiu um período de drástica redução nas oportunidades de emprego, resultando em um substancial aumento do desemprego devido à substituição da mão de obra humana por máquinas. Adicionalmente, observou-se uma deterioração das condições de trabalho, uma vez que os trabalhadores passaram a enfrentar

jornadas mais extenuantes para suprir a crescente demanda gerada pelas máquinas.

Ainda, segundo demonstrado por Brasileiro (2022) a Segunda Revolução Industrial, surgida no século XIX, foi marcada pela descoberta da eletricidade, o uso do petróleo, o surgimento do automóvel e a introdução da linha de montagem. Henry Ford, ao adaptar o conceito de produção em massa de um matadouro em Chicago, otimizou a produção automobilística. E ainda ao desmembrar a montagem de automóveis em etapas parciais, implementando a linha de montagem, o processo se tornou significativamente mais rápido e econômico.

No período que abrange a transição entre a Segunda Revolução Industrial e a Terceira Revolução Industrial, surgiu Alan Turing, considerado o pai da computação, que concebeu a primeira teoria sobre IA no mundo. Turing explorou ousadamente a possibilidade de uma máquina adquirir inteligência e desenvolveu um modelo teórico para um computador universal.

Alan Turing é notável por sua criação da Máquina de Turing, um avanço que revolucionou a capacidade de manipular símbolos de acordo com regras, desempenhando um papel crucial na evolução dos computadores modernos. Além disso, ele concebeu o renomado Teste de Turing, um marco significativo na história da IA, que avaliava a capacidade de um computador em imitar o pensamento humano (AndreLug, 2023). O legado de Turing é incalculável, no entanto, a população não estaria preparada para os desdobramentos futuros desta inovação e seu impacto no vínculo laboral.

A Terceira Revolução Industrial ou revolução digital, mais próxima das gerações atuais, iniciou-se na segunda metade do

século XX, quando a informação se tornou uma matéria-prima essencial. A ascensão dos computadores acelerou o desenvolvimento científico e tecnológico, não apenas devido à existência das tecnologias digitais, mas também devido às mudanças que essas tecnologias promoveram no sistema econômico e social. Segundo Schwab (2018, p.38), “A Terceira Revolução Industrial não ocorreu devido à existência das tecnologias digitais, mas pelas mudanças que essas tecnologias promoveram no nosso sistema econômico e social”.

Oportuno destacar que quando da passagem do fordismo para o toyotismo o trabalho regular, caracterizado pela concentração, sofreu uma retração, deve-se isso a emergência de novos processos de trabalho de forma flexível. Desta forma o que antes se pautava em paradigmas de organização produtiva que vislumbravam um modelo de produção em massa, padronizada, com base em linhas de montagem e instituída dentro da grande empresa, estruturada nos princípios de integração vertical, foram substituídos pelo paradigma do sistema produtivo flexível. Assim fez surgir uma concepção empresarial de gestão na qual uma empresa passou a controlar uma grande rede de empresas organizadas em torno do processo produtivo. Nesse novo paradigma, a grande tônica é a capacidade que as empresas têm de gerenciar as informações do processo produtivo. Deste ângulo, a transformação organizacional foi extraordinariamente intensificada pelas novas tecnologias de informação (Castels, 2005, p.163).

É evidente que, durante as revoluções industriais com a automação e a IA, o desemprego manteve-se uma realidade constante, à medida que a mão de obra humana era progressivamente substituída por máquinas. De forma

simultânea a esse fenômeno, era notória a ausência de medidas mitigadoras destinadas a aliviar o impacto negativo decorrente dessa transição nos meios de produção.

No contexto atual tem-se a Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, o autor Schwab (2018) apresenta a revolução tecnológica com a inserção de linguagem computacional, a Internet, a IA, os robôs e outras tecnologias que vem sendo responsável por um crescimento acelerado e que se combinam para dinamizar processos em diversos setores da indústria, transformando a forma de comunicação, modalidades de exercício de trabalho e que por sua vez vem alterando demasiadamente as formas de viver em sociedade, das pessoas se relacionarem e executarem seu trabalho. A indústria 4.0 não se limita ao surgimento de máquinas inteligentes e conectadas. Ela abre espaço para a inovação e representa a união da tecnologia com todos os meios existentes na atualidade.

A inserção da economia brasileira no mercado internacional representou um marco significativo na indústria brasileira. As empresas passaram a enfrentar uma concorrência mais intensa, tanto de empresas estrangeiras quanto de produtos importados. Isso exigiu um aumento na eficiência e produtividade das indústrias nacionais para competir em um mercado globalizado, fato que corroborou para ascensão das novas tecnologias. Dessa forma, muitas indústrias tradicionais, que historicamente operavam em um ambiente protegido, encontraram dificuldades em se adaptar a essa nova realidade e enfrentaram desafios para se manterem competitivas.

No entanto, ao ritmo do desenvolvimento industrial acelerado, aumentou a informalidade da mão de obra, pois muitos trabalhadores passaram a trabalhar em empregos sem

carteira assinada e sem os benefícios e proteções trabalhistas adequados. Assim, com a falta de regulamentação adequada nesse setor, criaram-se condições precárias para os trabalhadores e dificultou a fiscalização e a garantia de direitos trabalhistas.

A pandemia de COVID-19, que assolou o mundo no ano de 2020, teve um impacto profundo e multifacetado na economia global, e o Brasil não foi exceção, apesar de falarmos em desastre, a pesquisa de Barbosa (2022), sugere que, em apenas três anos de pandemia, o país avançou tecnologicamente o equivalente há uma década, redefinindo completamente o cenário do trabalho.

Nessa toada é possível verificar uma mudança estrutural na natureza do trabalho, uma vez que os empregos até então existentes estão passando por modificações quanto a forma de serem ofertados, tornando-se comum a utilização do *Home office*.

Essa transição para o home office não apenas alterou o local de trabalho, mas também impactou a vida dos trabalhadores. A flexibilidade proporcionada pelo home office pode ser uma faca de dois gumes. Os autores Martin, Hauret e Fuhrer (2022), abordam a temática que embora ofereça a oportunidade de um melhor equilíbrio entre vida profissional e pessoal, também pode levar a desafios como a dificuldade de estabelecer limites claros entre o trabalho e o tempo de lazer. Assim, o isolamento social, a falta de interação face a face com colegas e a pressão constante para estar disponível digitalmente podem afetar a saúde mental dos trabalhadores.

Ademais, outras mudanças também se apresentaram diante da pandemia instaurada, qual seja, a automação de processos em várias indústrias. A automação, que já estava em crescimento antes da pandemia, tornou-se ainda mais relevante, à medida que as empresas procuravam maneiras de reduzir o contato físico

entre trabalhadores. A implementação de tecnologias como robótica, IA e sistemas de automação de tarefas vem se tornando cada vez mais comum.

Além disso, a busca por habilidades tecnológicas, análise de dados e resolução de problemas complexos também moldou a educação e o desenvolvimento profissional. Os trabalhadores estão reconhecendo a necessidade de adquirir novas competências para se manterem relevantes no mercado de trabalho. Programas de treinamento e cursos on-line estão se tornando cada vez mais populares, permitindo que os indivíduos adquiram as habilidades necessárias para atender às demandas do mercado de trabalho em evolução.

Nessa busca por mais qualificações para a inserção no mercado de trabalho brasileiro, destaca-se o abismo digital, que já era uma preocupação diante do avanço tecnológico, se aprofundou ainda mais durante a pandemia de COVID-19, agravando o “analfabetismo digital”, essa é uma das conclusões do estudo “O abismo digital no Brasil”, realizado por (Cioffi, et al., 2022).

O aumento da dependência de tecnologia e da conectividade à internet ressaltou uma realidade preocupante, muitas pessoas ainda não têm acesso confiável à internet ou não possuem as habilidades digitais necessárias para se adaptarem a esse novo ambiente de trabalho, é o que afirma (Cioffi, et al., 2022).

O abismo digital nos impede de aproveitar a enorme oportunidade representada pelas vagas de emprego que surgem com a tecnologia e nos deixa para trás em relação ao mundo, afetando nossa economia com a

atração de menos investimentos por causa dessa falta de mão de obra qualificada.

Os chamados “analfabetos digitais” enfrentam barreiras significativas no mercado atual, tais como a perda das oportunidades de aprendizado e o desenvolvimento profissional que a tecnologia oferece, corroborando para o aumento das taxas de desemprego e da utilização da mão de obra como moeda de troca. Isso gerou um desafio significativo, uma vez que as oportunidades de educação e treinamento on-line se tornaram essenciais.

Por fim, se a segunda revolução industrial causou mudanças profundas na economia, à medida que as máquinas substituíam diversas tarefas manuais, forçando os trabalhadores a se adaptarem as novas formas de trabalho, agora estamos vivenciando uma transformação igualmente revolucionária, movida pelo conhecimento e pela tecnologia da informação.

Análise da repercussão da automação e das novas tecnologias no mercado de trabalho no Brasil

A automação e as novas tecnologias têm um impacto significativo no mercado de trabalho no Brasil, assim como em todo o mundo. Essa transformação está relacionada a várias tendências e desafios que afetam diferentes setores e tipos de empregos.

A automatização de tarefas repetitivas continua a ser uma tendência relevante atualmente no Brasil. Com os avanços da robótica, automação industrial e a expansão de sistemas de IA, muitas indústrias têm adotado tecnologias que permitem a substituição de trabalhadores em funções monótonas e repetitivas.

O crescimento dos setores de tecnologia e digital tem sido ainda mais pronunciado nos últimos anos. Startups brasileiras estão ganhando destaque internacionalmente, e empresas de tecnologia estrangeiras estão investindo no mercado brasileiro. O mercado de trabalho em TI, IA e desenvolvimento de software está em constante expansão, oferecendo oportunidades significativas para profissionais qualificados.

A demanda por habilidades digitais é uma realidade cada vez mais urgente. A educação e a formação em tecnologia e ciência de dados estão em alta, com cursos e programas de treinamento surgindo em todo o país. As habilidades digitais não são mais um luxo, mas uma necessidade para os profissionais em quase todos os setores, à medida que as empresas buscam integrar soluções tecnológicas em suas operações.

A economia informal no Brasil ainda é significativa, e a automação pode ter impactos mistos nesse setor. Embora a formalização do trabalho seja um objetivo importante, a automação também pode criar oportunidades para trabalhadores informais em plataformas digitais e aplicativos de entrega. No entanto, questões relacionadas a direitos trabalhistas e proteções sociais continuam sendo um desafio.

As desigualdades regionais no Brasil ainda são uma preocupação, e a tecnologia não é uma exceção. Grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, têm se beneficiado mais da expansão do setor de tecnologia, enquanto áreas rurais e regiões menos desenvolvidas podem enfrentar desafios na adoção de novas tecnologias e na criação de empregos de alta tecnologia. Políticas que promovam a inclusão digital e a descentralização de oportunidades são necessárias (Silva, 2017).

O governo brasileiro tem um papel importante a desempenhar na adaptação às mudanças tecnológicas. Isso inclui investir em educação, promover a inovação, apoiar programas de treinamento e garantir que as políticas trabalhistas estejam atualizadas para refletir as necessidades dos trabalhadores na era digital.

A transformação do mercado de trabalho devido à automação e às novas tecnologias é um processo contínuo e em constante evolução. À medida que novas tecnologias emergem, novas oportunidades e desafios surgirão. A adaptação e a capacitação da força de trabalho continuam sendo essenciais para garantir que os benefícios da tecnologia sejam amplamente distribuídos e que a economia brasileira permaneça competitiva no cenário global.

Transformações no mercado de trabalho: efeitos na qualificação e emprego à medida que identificamos uma nova Revolução Industrial, nos deparamos com desafios e dilemas inéditos no campo do direito trabalhista. O trabalho, enquanto instituição social, encontra-se em um constante processo de mutação, impulsionado pelas tecnologias emergentes decorrentes da revolução industrial 4.0.

Ao explorar as tecnologias específicas da Quarta Revolução Industrial, que possui o poder de reformular a experiência de trabalho que até então estava sedimentada, observamos as nuances da natureza das relações de trabalho na era da “uberização”, suscitando dúvidas sobre se os indivíduos que prestam serviços por meio de plataformas digitais devem ser categorizados como funcionários ou não.

Esse novo modelo de trabalho se caracteriza por uma maior flexibilidade, onde os próprios trabalhadores assumem os riscos

relacionados à sua atividade, fornecem seus próprios recursos e serviços diretamente aos clientes, sendo a atuação das plataformas como pontes. Isso gera uma nova concepção de empregabilidade, onde o empreendedorismo emerge como um componente-chave no mundo do trabalho de amanhã (Barzotto e Cunha, 2017).

Essa tendência se manifesta de maneira evidente quando examinamos as preocupações dos motoristas de aplicativos, que desfrutam da autonomia para escolher quando e onde desejam trabalhar. O deliberador dessas questões fica ainda mais marcante a partir da recente decisão proferida no recurso de revista, no processo RR-536-45.2021.5.09.0892, pela 2ª Turma, ao qual deixa claro a necessidade do reenquadramento jurídico dos fatos, a fim de caracterizar no trabalho por meio de plataformas os pilares essenciais do vínculo empregatício, quais sejam a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade, a subordinação e a alteridade, sendo esse um aspecto inovador abordado por essa decisão.

Cabe ressaltar, que no julgado supracitado foi abordado a forma que a gamificação atua no meio do trabalho, com o propósito de regular e disciplinar o comportamento e o desempenho de seus empregados, refletindo uma subordinação pelo algoritmo, vejamos o seguinte excerto:

[...] 9. Verifica-se, no âmbito da programação inscrita no software do aplicativo, que o modelo de gestão do trabalho das referidas empresas orienta-se, em um processo denominado de gamificação, pela dinâmica dos "sticks and carrots", na qual os trabalhadores são estimulados e

desestimulados a praticarem condutas, conforme os interesses da empresa-plataforma, a partir da possibilidade de melhorar seus ganhos e de punições indiretas, que respectivamente reforçam condutas consideradas positivas e reprimem condutas supostas negativas para a empresa, em um repaginado exercício de subordinação jurídica (Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos/ Juliana Carreiro Corbal Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli, Cássio Luiz Casagrande. Brasília: MPT, 2018, p. 33). Surge, assim, uma nova forma de subordinação pelo algoritmo, que é construído e alimentado pela própria empresa em favor do exercício do seu poder diretivo[...] (Brasil, 2021).

É relevante ressaltar que esse modelo de gerência da empresa não se limita apenas aos drivers de aplicativos, mas se propaga para outras áreas, como beleza, serviços domésticos, manutenção, entregas e outros setores. As plataformas digitais permitem aos clientes encontrar facilmente informações sobre serviços e acessar informações relevantes sobre eles.

Por conseguinte, dada a diversificação nas áreas de atuação dos modelos de drivers de aplicativos, o termo "uberização" apresentou limitações, levando à adoção do termo "plataformização". termo que nos apresenta a dependência das áreas de serviço em relação às plataformas digitais para realização de seu trabalho (Abílio; Amorim; Grohmann, 2021).

Assim, para garantir que o futuro do trabalho seja inclusivo e sustentável, é essencial que governos, empresas e trabalhadores colaborem para criar soluções que abordem as mudanças nas atividades laborais, protejam os direitos dos trabalhadores e promovam a adaptação contínua. A Quarta Revolução Industrial é um teste para a capacidade da sociedade de se ajustar e prosperar em um cenário de trabalho em constante evolução.

Historicamente, o direito trabalhista concentrou-se na proteção dos trabalhadores industriais, que desempenhavam funções específicas para um único empregador em uma estrutura hierárquica. Embora esse modelo não tenha desaparecido por completo, um novo paradigma de trabalho digital emergiu, caracterizado por uma diversidade de tarefas e uma estrutura autônoma organizada em redes flexíveis (Barzotto e Cunha, 2017).

Conforme avançamos na Quarta Revolução Industrial, é essencial reconhecer que as mudanças no panorama do trabalho vão além da simples automação e da adoção da IA. Nesse contexto, a reestruturação do mercado de trabalho gera impactos profundos, redefinindo não apenas as atividades laborais, mas também as competências exigidas para prosperar nesse novo cenário, sendo a capacidade de interagir com sistemas de IA e analisar dados complexos, conhecimentos de grande valia no mercado atual.

Um dos desafios prementes que surgem com essa onda de transformações tecnológicas, justificado, em parte, pela redução de custos e pelo aumento da eficiência e produtividade, é a obsolescência de certas ocupações e a substituição da mão de obra humana por robôs e sistemas automatizados, fenômeno conhecido como desemprego estrutural.

Dessa forma, a capacitação e a reciclagem dos trabalhadores ganham destaque como estratégias cruciais por parte das empresas para atenuar ou até eliminar os efeitos negativos da Quarta Revolução Industrial, a atenção de alguns pesquisadores tem se voltado para o estudo do aumento da automação e para a destruição de empregos que ela pode causar (Frey & Osborne, 2013).

No contexto brasileiro, pesquisas e relatórios indicam o avanço na adoção de tecnologias disruptivas que alavancam a produtividade e diminuem o custo de produção, promovendo a criação e destruição de postos de trabalho.

Com base no estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), espera-se um crescimento de 46% nas vagas nas áreas de automação e mecatrônica até 2025. Ademais, a CNI prevê a abertura de 540 mil vagas na indústria até 2025 no Brasil (Andrade, 2022). Esses números revelam que a Indústria 4.0 está gerando oportunidades de emprego nos Setores como o automotivo, alimentos, máquinas e comunicação. No entanto, é crucial reconhecer que o Brasil está atrasado na adoção dessas inovações, corroborando para a criação e destruição dos postos de trabalho. Senão vejamos, o retardo na implementação tecnológica resulta na continuação da utilização de mão de obra em setores tradicionais que são essenciais ao trabalho fabril.

Dessa forma, o empregado vê com bons olhos a continuidade de seu posto de trabalho, mas a empresa tende a reduzir sua produtividade e conseqüentemente a sua competitividade no comércio, interferindo na sua capacidade de sobrevivência a longo prazo em um mercado global altamente competitivo.

Por outro ângulo, a automação de tarefas de baixa qualificação e a reestruturação das operações industriais tradicionais resultam na destruição de empregos em setores como a manufatura. Logo, favorece a empresa no mercado, que ganha competitividade e produtividade a um custo bem menor.

Percebe-se que a criação e destruição de empregos no contexto da adoção de tecnologias avançadas estão interligadas. Assim, o atraso na adoção tecnológica pode criar um desequilíbrio, onde a criação de empregos em setores tecnológicos é superada pela destruição de empregos em setores tradicionais que não automatizam.

Não é de hoje que a mão de obra menos qualificada é a mais descartada quando confrontada com as inovações que os séculos nos trazem. Essa dinâmica tem raízes históricas, como já apresentado neste estudo, nos levando a visualizar as disparidades no mercado de trabalho quando habilidades essenciais para o funcionamento da fábrica se tornam obsoletas.

Logo, a educação e aprendizagem ao longo da vida se tornam ferramentas vitais para a manutenção/segurança do empregado em seu trabalho. Não obstante, a responsabilidade das empresas, assim como do Estado, está intrinsecamente ligada, quando o assunto é assegurar uma equidade entre a população quanto as oportunidades, favorecendo a melhora da vida dos indivíduos e o fortalecimento da economia.

Lacunas na legislação e limitações na proteção dos trabalhadores diante das mudanças tecnológicas.

O avanço constante das tecnologias de automação e IA vem modificando o vínculo de trabalho e emprego no Brasil. Apesar dos benefícios econômicos e produtivos que essas tecnologias trazem, também surgiram lacunas significativas na legislação

trabalhista e limitações na proteção dos trabalhadores, à medida que enfrentam os desafios da era digital.

Na visão de Silva (2012), a Constituição de 1988 estabeleceu uma ampla proteção ao trabalho por meio de seus artigos 7º ao 11º, inseridos no rol dos direitos sociais, para garantir as condições mínimas de trabalho para a classe trabalhadora brasileira.

Nesse contexto, a Constituição destaca a enumeração de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, abrangendo aspectos como jornada de trabalho, horas extras, décimo terceiro salário, seguro desemprego, férias, garantia de irredutibilidade do salário, entre outros.

É fundamental ressaltar que, em contraste com a Constituição de 1934, na Constituição de 1988, o constituinte não apenas conferiu aos direitos trabalhistas um “status constitucional” que vincula o Estado e os particulares à sua observância e implementação, mas também visou transcrever um rol de direitos essenciais para o desenvolvimento do trabalho, visando à preservação da vida e dignidade do trabalhador e da comunidade.

A preocupação constitucional com a preservação dos direitos trabalhistas é inegável, e no que diz respeito à automação, essa preocupação se torna particularmente evidente conforme se verifica no art. 7º, caput e inciso XXVII, da CRFB/88, in verbis: “Art. 7º, caput: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVII - Proteção em face da automação, na forma da lei.”.

O legislador, no texto constitucional, visou garantir os direitos dos trabalhadores frente aos avanços da automação, demonstrando o comprometimento em assegurar que as

transformações tecnológicas não comprometessem sua dignidade e segurança.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, ao consolidar uma ampla gama de direitos trabalhistas e estabelecer a proteção das condições de trabalho como um dos seus pilares fundamentais, fornece um alicerce essencial para o contexto laboral brasileiro. No entanto, à medida que a automação e a IA desempenham um papel cada vez mais significativo nas relações de trabalho, é crucial que a Constituição continue a desempenhar seu papel de proteger a dignidade do trabalhador e garantir condições justas. A rápida evolução tecnológica e a crescente automatização do trabalho revisitam questões relacionadas à segurança do emprego e à proteção dos direitos dos trabalhadores.

Nesse cenário, a Constituição deve ser interpretada e adaptada de maneira apropriada, a fim de assegurar que os princípios fundamentais que sustentam a legislação trabalhista brasileira continuem a ser aplicados e respeitados, garantindo a justiça e a dignidade nas relações de trabalho. Por fim, a Constituição Federal desempenha um papel crucial na definição e preservação dos direitos laborais à medida que o país enfrenta desafios e oportunidades trazidos pela evolução tecnológica e pelas mudanças nas relações de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, conhecida como CLT, é um pilar fundamental do sistema jurídico brasileiro que regulamenta as relações de trabalho no país. Ela foi promulgada em 1943, através do Decreto-lei 5.452, visando unificar as leis trabalhistas existentes na época e também introduzir novas disposições para proteger os direitos dos trabalhadores.

A CLT desempenha um papel fundamental na salvaguarda dos direitos dos trabalhadores no Brasil, para estabelecer

condições de trabalho justas e seguras para aqueles abrangidos por suas disposições, no entanto, a mesma não traz uma abordagem significativa quanto a proteção do trabalhador em face da automação e do uso de novas tecnologias.

Frente à ausência de regulamentação precisa na CLT e considerando as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, promulgada pela Lei n.º 13.467/17, era legítimo esperar que o legislador abordasse o impacto da automação e da IA no vínculo laboral brasileiro, visando a regulamentação e a proteção do trabalhador, uma vez que o desenvolvimento tecnológico caminha a passos largos na sociedade e a taxa automação no mercado de trabalho vem sendo cada vez mais elevada.

Em resumo, conforme demonstrado no estudo “mudanças da nova lei trabalhista nos direitos coletivos e individuais” a Reforma Trabalhista, em vigor desde 2017, introduziu mudanças substanciais na Consolidação das Leis do Trabalho, impactando tanto o Direito Coletivo quanto o Direito Individual do Trabalho. Essas alterações geraram debates acalorados e continuam sendo motivo de incertezas e discussões no cenário jurídico e trabalhista brasileiro, entretanto, é notável que o legislador perdeu uma oportunidade crucial de abordar e desenvolver assuntos essenciais que impactariam de forma imperiosa os direitos trabalhistas, Alves (2019).

Como mencionado anteriormente, a lacuna na legislação trabalhista brasileira se dá pela falta de regulamentação específica para lidar com questões emergentes relacionadas à automação e à IA. As atuais leis trabalhistas enfrentam desafios para lidar eficazmente com as complexidades das tecnologias emergentes, dificultando a proteção dos direitos dos trabalhadores em ambientes de trabalho cada vez mais automatizados. Em vez

disso, o direito trabalhista se baseia em leis gerais que não são eficazes para abordar as implicações específicas da IA, revelando a necessidade de uma regulamentação mais precisa e adaptada a essa realidade em constante evolução.

A rápida expansão da automação e da IA está transformando significativamente nossa forma de viver e trabalhar, atingindo uma ampla gama de setores e fortalecendo as marcas. No entanto, essa revolução tecnológica suscita questões cruciais relacionadas à sua regulamentação no âmbito do direito trabalhista, suas implicações e a garantia de condições justas.

No Brasil, não existe um marco regulatório específico para a IA resultando em uma considerável incerteza jurídica para aqueles envolvidos na produção, uso e inserção no mercado de sistemas de IA.

Atualmente, existem dois principais projetos de lei em tramitação no Brasil, relacionados à regulamentação da IA. O Projeto de Lei (PL) n.º 21/2020 foi aprovado na Câmara dos Deputados em 29 de setembro de 2021 e aguarda apreciação no Senado Federal. Este projeto visa estabelecer princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o desenvolvimento e uso da IA por diversos atores, incluindo o poder público, empresas e pessoas físicas.

E ainda, o PL 2.338/2023 que é resultado do trabalho de uma comissão de juristas que analisou propostas relacionadas à IA em 2022. Este projeto estabelece parâmetros e princípios éticos para a IA proibindo o uso de técnicas subliminares prejudiciais à saúde e segurança das pessoas, bem como a exploração de vulnerabilidades de grupos específicos. Além disso, impede o uso da IA pelo poder público para avaliar e classificar pessoas de forma ilegítima.

No entanto, é importante notar que nenhum desses projetos de lei está diretamente relacionado aos direitos trabalhistas. A regulamentação específica dos direitos dos trabalhadores em ambientes de trabalho automatizados ainda é uma questão em aberto que merece atenção e discussão à parte.

A regulamentação da IA no Brasil enfrenta desafios devido à constante evolução da tecnologia e à dificuldade de acompanhar novos algoritmos e técnicas. Além disso, a supervisão das decisões da IA é complexa devido à falta de transparência, o que pode resultar em injustiças e violações dos direitos fundamentais.

Portanto, é de extrema importância que o Brasil avance na criação de um marco regulatório abrangente para a IA, que assegure a proteção dos direitos dos trabalhadores em ambientes de trabalho automatizados. Isso requer um debate amplo e inclusivo envolvendo todas as partes interessadas, a fim de garantir que a regulamentação seja justa e eficaz.

O desemprego é uma preocupação central em qualquer economia e, no cenário atual de transformações aceleradas impulsionadas pela automação e IA, essa preocupação torna-se ainda mais premente. O Brasil não é exceção a esse desafio, e a necessidade de políticas públicas eficazes para combater o desemprego e promover a inclusão econômica nunca foi tão importante.

Diante deste cenário, serão abordadas a seguir sugestões de políticas públicas e incentivos que podem desempenhar um papel fundamental na mitigação do desemprego, visando a proteção do empregado e a criação de um ambiente mais favorável para a empregabilidade e o crescimento econômico no país. É fundamental explorar estratégias que atendam tanto às necessidades dos trabalhadores deslocados pelas mudanças

tecnológicas quanto às demandas do mercado de trabalho em evolução.

A atualização da legislação trabalhista é essencial para refletir a realidade da automação e da IA no mercado de trabalho brasileiro. Isso envolve a criação de diretrizes específicas para o trabalho remoto, que regulamentem questões como horas de trabalho, direito à desconexão e segurança no ambiente de trabalho em casa. Além disso, é fundamental estabelecer regulamentações para empregos relacionados à tecnologia, como freelancers, programadores autônomos e especialistas em IA, que frequentemente não se encaixam nas categorias tradicionais da legislação trabalhista.

Os trabalhadores por aplicativo, como motoristas de transporte por aplicativo e entregadores, também precisam de proteção adequada em relação a seus direitos trabalhistas e previdenciários. A legislação deve abordar essas questões para garantir que esses trabalhadores tenham direitos claros, como seguro de acidentes e proteção social.

A flexibilidade para os novos modelos de emprego é outra área importante. Os contratos de curto prazo, contratos intermitentes e outras formas não tradicionais de emprego devem ser considerados na legislação, de modo a equilibrar a flexibilidade necessária para as empresas com a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Além disso, questões de privacidade e segurança de dados também devem ser abordadas, à medida que os trabalhadores lidam com informações sensíveis e pessoais no contexto da automação e da IA.

Portanto, a atualização da legislação trabalhista é um processo complexo que deve ser conduzido de forma tripartida,

com diálogo aberto entre governo, empregadores e trabalhadores. É essencial encontrar um equilíbrio que proteja os direitos dos trabalhadores, incentive a inovação e a flexibilidade necessárias para o mercado de trabalho em constante evolução. Assim, o Brasil estará mais bem preparado para enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades apresentadas pela automação e pela IA.

A automação e a IA estão redefinindo o mercado de trabalho brasileiro, criando desafios e oportunidades. Uma parte significativa da população brasileira está sendo afetada pela automação e pela inserção da IA no mercado de trabalho, especialmente aqueles que trabalham em setores vulneráveis. Portanto, é crucial estabelecer programas de requalificação e reciclagem profissional, que devem estar disponíveis e acessíveis para todos, garantindo que os trabalhadores deslocados adquiram as habilidades necessárias para transitar para novas profissões.

Nesse contexto, o desenvolvimento de programas de treinamento adaptados se torna essencial para auxiliar os trabalhadores a adquirirem as habilidades necessárias para o mercado em evolução.

Visando a aprendizagem ao longo da vida, a colaboração entre o governo e a indústria desempenha um papel fundamental na promoção da educação e requalificação. Iniciativas que combinem conhecimento teórico com experiência prática podem ser particularmente eficazes, e incentivos fiscais e programas de subsídio podem ser implementados para apoiar a formação de trabalhadores em áreas críticas.

Em resumo, a educação e a requalificação desempenham um papel crucial na mitigação dos impactos da automação e da

IA no mercado de trabalho brasileiro. O investimento em habilidades técnicas e sociais, a promoção da aprendizagem ao longo da vida e a colaboração entre governo e indústria são elementos-chave para preparar a força de trabalho para um futuro cada vez mais automatizado e impulsionado pela IA. Isso não apenas ajudará a enfrentar os desafios das novas tecnologias, mas também a capitalizar as oportunidades que ela traz, contribuindo para o desenvolvimento do trabalhador, a competitividade econômica e a qualidade de vida no Brasil.

Conclusão

O Brasil possui uma sólida base de direitos trabalhistas enraizados na Constituição Federal de 1988, e as leis trabalhistas, incluindo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), desempenham um papel essencial na proteção dos trabalhadores por décadas. No entanto, o impacto da Revolução Tecnológica e da automação vem suscitando questões críticas que a legislação existente não aborda de maneira adequada.

O progresso rápido da automação e da IA está reformulando o cenário do emprego no Brasil, apresentando desafios e oportunidades, um exemplo é a flexibilidade, que pode ser uma vantagem para se adaptar rapidamente às novas tecnologias e demandas do mercado, mas também pode levar a desafios como a precarização do trabalho e a desigualdade nas condições de trabalho.

Por conseguinte, esse estudo visou apresentar o impacto causado pela automação e as novas tecnologias no vínculo laboral brasileiro, as lacunas na legislação trabalhista e as limitações na proteção dos trabalhadores diante das mudanças tecnológicas.

Como resultados, uma das principais dificuldades identificadas neste estudo foi a falta de regulamentação específica para lidar com questões relacionadas à automação e à IA. Embora existam projetos de lei em andamento, eles ainda não abordam diretamente os direitos dos trabalhadores em ambientes de trabalho automatizados e tecnológicos.

Destarte, com base nas análises realizadas, o estudo sugere as seguintes abordagens para enfrentar as transformações tecnológicas e proteger os direitos dos trabalhadores, quais sejam: uma revisão legislativa, com uma análise meticulosa quanto a incorporação de diretrizes específicas para questões prementes.

Em síntese, o presente estudo oferece resultados que promovem contribuições significativas para o campo do direito do trabalho, diante das novas premissas apresentadas pelo futuro das relações trabalhistas. A análise detalha as implicações jurídicas decorrentes das mudanças tecnológicas e das transformações no ambiente de trabalho e fornece subsídios substanciais para a formulação e aprimoramento de políticas e regulamentações laborais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIM, Henrique; GROHMANN, Rafael. **Uberização e plataformação do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas**. SCIELO, online, v. 1, n. 1, p. 1-32, set./2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/XDh9FZw9Bcy5GkYGzngPxxwB/#MoldalTutors>. Acesso em: 29 out. 2023.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta regulamenta**

utilização da inteligência artificial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/968967-proposta-regulamenta-utilizacao-da-inteligencia-artificial/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20759,Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Intelig%C3%A2ncia%20Artificial.> Acesso em: 14 out. 2023.

AGÊNCIA DO SENADO. Senado analisa projeto que regulamenta a inteligência artificial. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/12/senado-analisa-projeto-que-regulamenta-a-inteligencia-artificial.](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/12/senado-analisa-projeto-que-regulamenta-a-inteligencia-artificial) Acesso em: 14 out. 2023.

ALVES, Andreili Jamille Rodrigues. O futuro do vínculo laboral no Brasil: o papel da tributação face ao avanço da Inteligência Artificial e da automação / Andreili Jamille Rodrigues Alves. - Recife, 2022.40.

ANDRELUG.COM. Desvendando o teste de Turing: a história por trás do critério definidor da inteligência artificial. Disponível em: [https://andrelug.com/desvendando-o-teste-de-turing-a-historia-por-tras-do-criterio-definidor-da-inteligencia-artificial/.](https://andrelug.com/desvendando-o-teste-de-turing-a-historia-por-tras-do-criterio-definidor-da-inteligencia-artificial/) Acesso em: 19 out. 2023.

ANDRADE, R. B. D. Indústria Brasileira: Os rumos da qualificação profissional na indústria. 66. ed. online: CNI, 2022. p. 1-48. Acesso em: 18 out. 2023

AULETE, Caldas. Aulete Digital – Dicionário contemporâneo da língua portuguesa: Dicionário Caldas Aulete, vs online, acessado

em 06 de out de 2023.

BARBOSA, Alexandre F. **TIC DOMICÍLIOS** Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros. CETIC.BR, online, v. 1, n. 1, p. 1- 272, ago./2023.

BARZOTTO, L. S. P. D. C. L. C. **Empresas embrionárias (startups) e as modificações das relações de emprego e societárias.** ufrgs, online, v. 1, n. 1, p. 1-136, jan./2017. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/173284/001057530.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 536- 45.2021.5.09.0892. **RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – PROCESSO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº**

13.467/2017 – RITO SUMARÍSSIMO – CICLISTA ENTREGADOR DE ALIMENTOS – EMPRESA-PLATAFORMA DE ENTREGAS (UBER EATS) – RELAÇÃO EMPREGATÍCIA - CONFIGURAÇÃO – MODELO DE GESTÃO POR GAMIFICAÇÃO - SUBORDINAÇÃO PELO ALGORITMO.

Mauricio Maio Rabico versus Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Margareth Rodrigues Costa. Brasília, 13 de setembro de 2023. Acordão TST, Brasília, p. 1-53, setemb. 2023. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2022&numProcInt=298625&dataPublicacaoStr=29/09/2023%2007:00:00&nia=8189514> Acesso em: 26 out. 2023.

BRASILEIRO, Eduardo T. **Quarta Revolução Industrial e Direito do Trabalho**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

BROOKSHEAR, J. G. (2013). **Ciência da computação: uma visão abrangente** (11a ed.). Porto Alegre: Bookman.

CANFÃO, O.A. Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico. **Revistas UNIFACS, 2013. Acesso em: 28 out. 2023.**

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8ª edição totalmente revista e ampliada, Volume I, São Paulo: ed. Paz e Terra, 2005.

CIOFFI, Marcelo; PANASSOL, Marcos; MEIRELLES, Renato. **O**

abismo Digital no Brasil. PwC, online, v. 1, n. 1, p. 1-33, abr./2023. Disponível em: <https://pwc.to/3KqFRxM>. Acesso em: 24 out. 2023.

FREY, Carl-Benedikt; OSBORNE, Michael. **The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?** Oxford, Sept. 2013.

MARTIN L, HAURET L, FUHRER C. **Digitally transformed home office impacts on job satisfaction, job stress and job productivity.** COVID-19 findings. PLoS ONE 17(3): e0265131. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0265131> Acesso em: 12 out. 2023.

NOBRE, M. **A teoria crítica.** 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2018.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. **A proteção do trabalho na constituição federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 4, n. 7, Jul.- Dez. p. 274-301, 2012.

SILVA, Simone Affonso da. **Regional Inequalities in Brazil: Divergent Readings on Their Origin and Public Policy Design .** EchoGéo [En ligne], 41 | 2017, mis en ligne le 03 octobre 2017, consulté le 25 outubro 2023. Disponível em:

<http://journals.openedition.org/echogeo/15060> ; DOI :
<https://doi.org/10.4000/echogeo.15060> Acesso em: 27 out. 2023.

EUTANÁSIA: CONFLITOS ENTRE DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Joana Dara Carvalho Sousa

Introdução

A palavra eutanásia, derivada do grego, significa “boa morte” (“*eu*” = bom; “*thanatos*” = morte), e se refere à prática de induzir a morte de um paciente, com o intuito de pôr fim ao seu sofrimento presente, quando este se torna intolerável e não há perspectiva de cura para sua condição. Embora sua etimologia seja amplamente conhecida, as origens do termo e do fenômeno não o são.

Diversos autores especulam qual o primeiro uso da palavra na história escrita, sem chegar a um consenso a respeito. De modo análogo, também não se sabe qual acontecimento pode ser considerado a primeira eutanásia, embora registros de práticas culturais de diversos povos que a ela se assemelham não sejam escassos. Não obstante a antiguidade do tema, ele se mantém atual, tendo em vista a relevância perene dos temas que o circundam.

Os avanços tecnológicos na área médica propiciaram, indubitavelmente, o prolongamento artificial da vida de maneira majoritariamente louvável, o que culminou não apenas no aumento da expectativa de vida, como também em sua qualidade. As novas possibilidades de reanimação, respiração e alimentação alteraram significativamente o processo de morrer, permitindo, por vezes, a dilatação indefinida da vida.

Todavia, em casos específicos, a manutenção da existência de um indivíduo a qualquer custo pode não ser o caminho mais desejável, em razão do martírio que isso pode causá-lo. Pacientes portadores de doenças incuráveis, sem qualquer prognóstico de melhora para seu quadro, e acometidos por dores intensas, ao serem submetidos a métodos que podem intensificar sua dor e comprometer ainda mais seu bem-estar, são privados de sua dignidade humana. Dignidade esta que pressupõe a necessidade não apenas de uma vida, mas de uma boa vida, dotada de bem estar e autonomia plena do indivíduo que a usufrui.

Nesse sentido, o dilema da eutanásia se apresenta sob a forma de uma alternativa pretensamente compassiva à angústia desse enfermo, cessando-a através do óbito antecipado. Em âmbito internacional, diversos países legalizaram a eutanásia desde o ano de 2002, quando a Holanda foi a pioneira nesse sentido. Na América Latina, a Colômbia e o Uruguai se destacam, contendo legislações que permitem a morte assistida em casos excepcionais, geralmente em pacientes terminais, atendidos critérios específicos.

Contudo, o Brasil não se encontra no rol de países que tratam a eutanásia como uma opção válida para tratar dos casos mais delicados, sendo punido como crime de homicídio. Entretanto, isso não significa que o direito à vida possua caráter de bem jurídico absoluto. A proteção constitucional de sua inviolabilidade não impede que, em determinados casos, ela seja relativizada, seja para resguardar um bem jurídico de outrem, seja para fazê-lo com bem jurídico diverso do próprio indivíduo.

Desta forma, o objetivo do estudo em questão consiste, de maneira geral, em constatar se o tratamento dado à Eutanásia pelo ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos e

princípios fundamentais previstos pela Constituição Federal em sua plenitude. Para tal, optou-se pela metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, segundo método de análise de conteúdo e raciocínio indutivo, visto que objetiva coletar, analisar e compreender criticamente os dados pertinentes à matéria.

1 Eutanásia sob a constituição da república de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, *caput*, no título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, dispõe sobre os direitos individuais e coletivos a serem garantidos, tendo a inviolabilidade da vida como objeto jurídico precípua de sua proteção. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (Brasil, 1988, grifo nosso).

Para compreender o real significado dessa disposição, bem como suas implicações fáticas e jurídicas, urge refletir de maneira mais aprofundada sobre essa garantia fundamental, levando em consideração, especificamente, a vida humana.

1.1 Direito à vida

Fazendo parte do rol dos direitos fundamentais elencados pela Constituição em vigor, o direito à vida é um elemento indispensável em qualquer sociedade que viva em um Estado Democrático de Direito. Trata-se, sobretudo, do mais importante dentre os direitos fundamentais do indivíduo, sendo pré-requisito para a existência de todos os demais, dos quais não seria possível usufruir sem sua existência.

Maria Helena Diniz (2017, p. 46) explica que o direito à vida condiciona os demais direitos de personalidade, constituindo bem jurídico tutelado desde a concepção, como momento específico de formação de pessoa, segundo a ciência. Adiciona que, segundo tais pressupostos, a vida deve ser protegida contra tudo e contra todos, sendo objeto de direito personalíssimo.

Sendo estendida também aos estrangeiros, da mesma maneira que os demais direitos mencionados ao longo da redação do art. 5º da Constituição, a vida pode ser considerada o parâmetro para separar o início do fim:

A vida é o mais importante bem do ser humano. Sem a vida não há nada. Não há liberdades. Não há propriedade. Não há felicidade. A fórmula é simples: o início é o início da vida; o fim é o fim da vida. A vida é, portanto, tudo. A vida humana condiciona todos os demais direitos da personalidade, como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (Santoro, 2010, p. 27).

É dever do Estado garantir a efetividade do direito à vida, o qual se desdobra nos direitos a permanecer vivo e a uma vida digna, com o primeiro se concretizando por meio de recursos que perpetuem nossa existência, como o direito à saúde pública e de qualidade (Moraes, 2016 *apud* Costa, 2018, p. 14).

Muito embora a definição de vida possa permear conceitos metafísicos, é fato que o texto constitucional não se restringe ao sentido biológico da vida, como a constante atividade funcional. A Carta Magna abrange todo o processo de viver, que se inicia com a concepção e progride até seu fim, que se dá com a morte (Silva, 2006, p. 197 *apud* Cabrera, 2010, p. 18).

O Pacto de São José da Costa Rica, promulgado em 1969, do qual o Brasil é signatário, protege o direito à vida ao longo de seu art. 4º, da seguinte maneira:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969).

O direito à vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem um direito da pessoa sobre si mesma, sendo inadmissível a licitude de um ato que ponha fim à vida de outrem. Está garantido em cláusula pétrea, à qual não se pode sequer emendar. Leciona-se que o art. 5º do texto constitucional possui eficácia positiva e negativa, respectivamente, por ter incidência imediata e imutável, e por vedar legislação contrastante à referida disposição. Sendo assim, a vida deve ser respeitada por sua absoluta inviolabilidade, sob pena de suprimir a Constituição em vigor, sendo dever de governantes, legisladores, cientistas e juristas unir-se em busca de instrumentos para salvaguardá-la, como inerente à pessoa humana (Diniz, 2017, p. 48-49):

Além de ser garantida pelas normas constitucionais, recebe tutela civil, pois o art. 2º do atual Código Civil resguarda os direitos do nascituro (CC, arts. 542, 1.609, parágrafo único, 1.779, 1.798) desde a concepção, protege o direito à existência (CC, arts. 1.694 a 1.710, 948 e 950 e Leis n. 5.478/68, 8.971/94, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/96, art. 7º) e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão de dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia.

A vida também recebe proteção jurídico-penal, uma vez que são punidos os homicídios simples (CP, art. 121) e qualificado (art. 121, §2º), o infanticídio (art. 123), o aborto (arts. 124 a 128) e o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122).

Sob a ótica de Luciano de Freitas Santoro, ele deve ser interpretado, mais especificamente, como o direito de não ter a vida agredida por conduta humana que se baseie em ação ou omissão ilegítima. Em seu entendimento, o legislador precisa definir, de maneira direta ou indireta, quais condutas legitimam o sacrifício de uma vida humana, quais podem ser consideradas lícitas pelo ordenamento jurídico (Santoro, 2010, p. 18).

Apesar do marco inicial da vida ser a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dependendo integralmente da mãe até o nascimento, a proteção desta se inicia após a nidação, fixação do embrião na parede do útero materno, por ser de ordem jurídica, e não biológica, não dependendo necessariamente do início do desenvolvimento embrionário (Carvalho, 2001, p. 103).

Uma vez que a vida não se restringe à existência biológica da pessoa, e que deve ser conciliada com as demais liberdades e direitos igualmente assegurados - como a autonomia -, ela não é um direito absoluto e indisponível, existindo hipóteses constitucionais e legais que a tornam passível de flexibilização, especialmente quando se trata de proteger outras faculdades. O Superior Tribunal de Justiça, agindo conforme tal convicção, pacificou a questão nos seguintes termos:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000).

Evidência disto está em determinadas flexibilizações constantes em nosso ordenamento jurídico, circunstâncias excepcionais em que a lesão ao bem jurídico vida não é passível de punição. O art. 23 do Código Penal traz as hipóteses de causas de exclusão da ilicitude, em que a ofensa a um direito de terceiro não acarretará uma pena para o agente, por sua conduta ter sido, presumivelmente, motivada pelo instinto de proteção de um outro direito, próprio ou de outrem, conforme explanado pelos artigos subsequentes:

Art. 23 - **Não há crime** quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade **quem pratica o fato para salvar de perigo atual**, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, **direito próprio ou alheio**, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se [...]

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, **repele injusta agressão**, atual ou iminente, **a direito seu ou de outrem** [...]
(Brasil, 1940, grifo nosso).

Sendo assim, caso um homicídio, ou qualquer outro crime, seja praticado em alguma das condições estabelecidas pelos artigos mencionados acima, a ilicitude do fato será afastada. E uma vez que o Direito Penal brasileiro adota a teoria tripartida quanto ao conceito analítico de crime - definindo-o como fato típico, ilícito e culpável -, ao desqualificar um dos elementos, o crime estará descaracterizado e o agente, por sua vez, permanece como inocente. Logo, há a possibilidade de sacrificar uma vida em benefício de outra(s), ou para afastar injusta agressão.

Mais adiante, na Parte Especial, especificamente no art. 128, o referido código ainda prevê certas hipóteses em que o crime de aborto também não será punido. *In verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Brasil, 1940).

Extrai-se do texto, então, que quando o aborto, no caso concreto, encaixar-se na transcrita previsão legal, a vida do nascituro não será objeto de proteção do Estado, contrariando a inviolabilidade anunciada pela Constituição, a qual também prevê certas condescendências nesse sentido. Em seu art 5º, XLVII, alínea “a” é disposto que a pena de morte é vedada, exceto em caso de guerra declarada. Isto é, mesmo o Texto Maior admite ao menos uma exceção a essa regra, quando o objetivo for salvaguardar a segurança nacional.

No âmbito privado, o Código Civil determina, em seu art. 15, que a adesão a tratamento médico ou cirúrgico não pode se dar através de constrangimento (Brasil, 2002). Ademais, confere à recusa a conjuntura de direito de personalidade, demonstrando que a autodeterminação pode se sobrepor à sacralidade da vida, em determinadas hipóteses.

Nesse diapasão, percebe-se que, nos moldes da Carta Magna brasileira, o direito à vida não deve ser concebido de maneira isolada dos outros direitos, nem dotado de sacralidade incontestável. Em outras palavras, a vida é um direito, mas não uma imposição. Desta forma, consoante com o ideal de *vida digna*, ninguém pode ser coagido a manter-se vivo, se isso lhe custar sua própria dignidade, o que traz à baila um dos fundamentos de nosso estado democrático de direito em particular: a dignidade da pessoa humana.

1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, e da qual o Brasil também é signatário, inicia seu texto concebendo todos os seres humanos como igualmente dignos e capazes de gozarem de seus direitos e liberdades por ela estabelecidos:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (Organização das Nações Unidas, 1948).

O trecho supramencionado foi, provavelmente, uma das razões para que a atual Constituição brasileira determinasse, já

em seu art. 1º, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que a República Federativa do Brasil se constitui, sendo ela um princípio basilar de nosso sistema jurídico. Também foi uma tentativa de definir o que seria dignidade, tarefa à qual muitos autores se dedicaram.

Para De Plácido e Silva (2008, p. 1097 *apud* Hora, 2015, p. 18), princípios são normas elementares que servem como base, alicerce de algo. Os princípios jurídicos seriam, nesse viés, elementos iniciais com o intuito de serem o ponto de partida, o embasamento do Direito. Além disso, afirmam que a palavra dignidade tem a sua origem do latim *dignitas*, que significa virtude e honra. Assim, ela seria a qualidade moral da pessoa, a razão pela qual ela faz jus à consideração social, ao respeito prestado por seus pares.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco ao ser humano, que o torna merecedor de respeito perante os demais:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, **um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano**, como venham a lhe **garantir condições existenciais mínimas** para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua **participação ativa e co-responsável nos**

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2007, p. 383, grifo nosso).

Sendo assim, o autor invoca a proteção da dignidade como um mecanismo de preservação da pessoa humana frente a violações de sua integridade física e moral, além de ser um dos fundamentos da autonomia privada e da garantia do mínimo existencial.

Viana (2014, p. 70-72) descreve a dignidade humana como um dos conceitos abstratos dos quais a ciência jurídica é permeada, fluido, e que cuja definição por vezes só é possível diante de um caso concreto, em que seja supostamente lesado. Mais adiante, esclarece que a dignidade não é condicionada, e não depende de fato ou situação específica, como um preço, além de não poder ser quantificada ou comparada, o que implica dizer que dez pessoas não são mais dignas do que uma única.

Em sentido histórico, foi Immanuel Kant, no século XVII, quem formulou um conceito inaugural da dignidade, ao postular que ela, resumidamente, é atributo daquilo que não tem preço, por não se poder colocar em seu lugar coisa equivalente. Pensamento este divergente do defendido por Thomas Hobbes, para quem era possível atribuir ao homem um preço, tal qual se faz a quaisquer outras coisas quantificáveis (Viana, 2014, p. 72-73).

Bernad Baertschi atribui dois sentidos principais à dignidade. O primeiro, de caráter pessoal, é referente ao respeito a si; ao passo que o segundo, impessoal, resulta na seguinte ideia:

A dignidade de um indivíduo humano consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. [...] Respeitar a dignidade de alguém é, portanto, trata-lo como uma pessoa. como um ser racional, em resumo como um indivíduo que, qualquer que seja seu estado ou sua conduta, merece ser respeitado e não pode ser instrumentalizado (Baertschi, 2009, p. 188 *apud* Viana, 2014, p. 74).

No âmbito jurídico, a dignidade abrange uma série de direitos existenciais, inerentes a todos, e que respeita suas desigualdades, apesar de aplicar-se a todos de maneira igualitária. Sob esta perspectiva, igualdade seria um pressuposto de dignidade, com cada um recebendo o suficiente para contemplar suas necessidades essenciais, sem lhe faltar o indispensável (Santos, 2020, p. 17). Sob o olhar de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado Brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado, mas sim na pessoa humana. (Alexandrino, 2011, *apud* Santos, 2020, p. 18).

Heidy de Avila Cabrera questiona se o texto constitucional, ao prever que a proteção da dignidade da pessoa humana é um direcionamento para os direitos fundamentais, não daria margem à renúncia de uma existência sem plenitude em nome da morte. Adiante: “Em outras palavras: Será que, ao lado de viver, não existiria o direito de morrer com dignidade, já que a morte é uma realidade contra a qual não se pode lutar?” (Cabrera, 2010, p. 25-26).

Nesse sentido, o Texto Maior, em seu art 5º, III, preconiza que nenhuma pessoa poderá ser submetida à tortura ou a tratamento desumano ou degradante, o que indubitavelmente acontece quando ela é mantida viva, por vezes através de meios artificiais, em um estado vegetativo, ou excessivamente penoso; ou quando a ela é imposto tratamento doloroso e ineficaz contra sua condição, tão somente para não permitir sua morte. Logo, uma análise pormenorizada da legislação levaria a responder que “sim” ao questionamento da autora, embora, por não haver regulamentação específica para isso, não seja possível afirmá-lo peremptoriamente.

Destarte, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio norteador da proteção de todos os direitos constitucionalmente garantidos, não sendo a vida uma exceção, faz-se salutar que ela seja uma das peças centrais da discussão a respeito da eutanásia. Não bastando, conforme já posto anteriormente, estar vivo, é necessário revestir a vida com a dignidade de que lhe é própria. Outrossim, é imperioso examinar se a morte, destino incontestável de todo ser humano, não deveria também ter sua dignidade garantida, e se, ao fazê-lo, não seria ela também um direito assegurado.

1.3 Direito à morte digna

É fato insuspeito que, em algum momento, todos os seres vivos encontrarão o fim de sua existência. Os seres humanos, nesse sentido, não se diferem dos demais. A morte é, para muitos, a única certeza que se tem, sendo cercada de superstições, rituais, teorias e regulações desde a antiguidade. A Medicina, tendo a tecnologia como aliada, conseguiu o feito de prolongar a vida humana de maneira inimaginável para muitos de nossos antepassados, fato que culminou no aumento não apenas da expectativa de vida de modo geral, mas também de sua qualidade.

No entanto, a obstinação em prolongar a vida humana a qualquer custo, testemunhada com certa frequência, nos leva a questionar sobre quais os limites da atuação da ciência nesse campo e, principalmente, sobre a importância de salvaguardar a dignidade humana em todas as aspectos da vida, inclusive no fim dela, surgindo assim a ideia de *morte digna*, que se torna cada vez mais objeto de discussão e atenção em diversas áreas do conhecimento, inclusive na jurídica.

Para fins de conceituação, pode-se afirmar que “morrer com dignidade significa ter permissão para morrer com seu caráter, com sua personalidade e com seu estilo” (Kubler-Ross, 1991 *apud* Diniz, 2017, p. 539).

Nesse sentido, entende-se que a morte digna se traduz como o processo de morte procedido segundo a vontade da pessoa, com as decisões a respeito sendo reflexos do modo como ela conduziu sua vida. Portanto, o morrer com dignidade expressa o protagonismo do indivíduo, que decide a maneira com a qual sua

existência se encerrará, assim como também decidiu os rumos com que a leva (Simm, 2018 *apud* Costa, 2018, p. 31).

As relativizações do direito à vida, nesse aspecto, visam garantir uma morte em que a autonomia e a liberdade do enfermo se façam presentes, não por meio do poder estatal de império, mas sobretudo pelo livre arbítrio pessoal. O intuito, então, é assegurar àquele que deseja encerrar sua existência o mesmo respeito e apoio oferecidos aos que insistem em viver o máximo de tempo possível.

Barroso e Martel, apesar de entenderem que a eutanásia pode ser uma maneira de garantir a dignidade da morte, acreditam que os casos em que ela é cabível são escassos, restringindo-se àqueles em que o indivíduo se encontra em estado terminal e irreversível. Dizem também que o ser humano precisa buscar pelo direito à morte digna, exercendo sua autonomia, frente aos avanços tecnológicos que tornaram possível o prolongamento da vida além do necessário (Barroso; Martel, 2010, p. 211 *apud* Hora, 2015, p. 27).

Ronald Dworkin (2003, p. 280) chama a atenção para a importância de enfatizar o tema:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte - a ênfase que colocamos no "morrer com dignidade" - mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.

Para Alencar (2017 *apud* Cabral, 2021, p. 21), o direito a uma morte digna compreende o direito a uma boa vida, e interroga sobre do que adiantaria ao paciente ter a sua vida protegida pelo Estado a qualquer custo, e ter uma série de outros princípios caros sendo infringidos, ou se a manutenção dela importaria em ter que se manter numa condição degradante e desumana. Com isto, infere-se que o término de uma vida deve se revestir da mesma dignidade com que ela se desenvolveu.

Sob a ótica religiosa, é proveitoso recordar que a eutanásia é fortemente reprovada por certas denominações cristãs - que compõem a maioria da população brasileira -, o que implica no desejo generalizado de que o estado valide tal percepção, proibindo a prática. No entanto, a consideração deste fator não deve esbarrar na laicidade e neutralidade moral deste. Em outras palavras: “[...] Se o cidadão tem medo de ser excomungado e de ir para o inferno, basta que ele jamais opte pela eutanásia ou pelo suicídio assistido, e respeite as convicções religiosas e éticas dos que pensam de modo diferente” (Vianna, 2012 *apud* Cabral, 2021, p. 22).

Diniz (2017, p. 526) explica, por outro lado, que o direito à vida, constitucionalmente tutelado, não engloba um direito sobre esta mesma: “O homem não tem direito de consentir em sua morte; não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida”.

O art. 146, §3º, inciso I do Código Penal tem sentido semelhante, ao não reconhecer como constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente, em caso de iminente risco de vida. Neste caso, se uma pessoa deseja cometer suicídio, a título de exemplificação, eventual interferência médica com o intuito de impedir a

produção desse resultado, ainda que sem seu aval, não será criminalizada. Leva-se em consideração que o referido inciso aplica-se somente a casos marcados pela relação médico-paciente.

Infere-se, portanto, que o direito à morte digna é parte integrante da dignidade da pessoa humana, protegendo, na medida do possível, uma certa autonomia do paciente em poder escolher o próprio destino conforme seu juízo pessoal. A dignidade do viver deve, então, estender-se também ao morrer, de modo que os direitos fundamentais estejam em harmonia uns com os outros.

2 Eutanásia no código penal brasileiro

Resgatando o já dito anteriormente, o Decreto-lei n° 2.848/1940, que institui o Código Penal, não prevê o crime de eutanásia, esta não possui um artigo ou parágrafo que a descreve de maneira pormenorizada, apartada dos demais delitos. No entanto, esta se encaixa na figura do homicídio privilegiado, constante no art. 121, §1° da codificação criminal:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1° Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (Brasil, 1940).

Fernando Capez (2019, p. 108-109) explica que o homicídio privilegiado não perde a qualidade do delito previsto no tipo básico, sendo apenas uma hipótese de atenuar a pena em virtude certas circunstâncias subjetivas que reduzem a reprovação social dirigida ao homicida. Caso esse privilégio seja reconhecido pelo júri popular, o juiz será obrigado a aplicá-lo, pela soberania do veredicto. Porém, quando a competência for do juízo monocrático, será uma faculdade do magistrado considerar ou não a emoção, com base nas peculiaridades do caso concreto, sendo, nessa situação, apenas uma circunstância atenuante genérica.

Guilherme de Souza Nucci, outro eminente penalista nacional, ao explicar sobre o relevante valor moral ou social mencionado pela lei, afirma o seguinte:

O relevante valor é uma apreciação subjetiva em relação a alguma coisa; na hipótese do Código Penal, essa apreciação torna-se de grande importância para a sociedade brasileira.

[...]

Quando se tratar de relevante valor social, **leva-se em consideração interesse não exclusivamente individual, mas de ordem geral, coletiva**. Exemplos tradicionais: quem aprisiona um bandido, na zona rural, por alguns dias, até que a polícia seja avisada; quem invade o domicílio do traidor da pátria para destruir objetos empregados na traição (Nucci, 2019, p. 93).

O autor perscruta, ainda, que no caso de relevância do valor moral, deve-se levar em consideração o sentimento de ordem pessoal. Por outro lado, esclarece que tais motivações não podem ser banalizadas, tornando a eliminação da vida um fator emocional ou pessoal (Nucci, 2019, p. 94). Esse aspecto é salutar no que tange à eutanásia, já que são valores desta ordem os geralmente alegados para justificar a prática.

Após dar uma breve conceituação de eutanásia (chamando-a de homicídio piedoso ou passivo), ortotanásia e distanásia, o penalista em apreço conclui que, sob o ponto de vista legal, ambas as primeiras são criminosas. Todavia, traz à baila o Código de Ética Médica, e enfatiza a aceitação deste quanto à ortotanásia, como prática que não fere princípios éticos. Por fim, elucida que não cabe ao direito reger o momento da morte natural, assim como sobre o debate em torno da possibilidade de aceitação da eutanásia ou da ortotanásia como excludente de ilicitude (Nucci, 2019, p. 96-97).

Cleber Masson, por sua vez, expõe que ambas configuram homicídio privilegiado, mencionando o art. 41 do Código de Ética Médica - Resolução 1.931/2009 do CFM, que proíbe expressamente a abreviação da vida do enfermo, mesmo que este ou seu representante legal a solicitem, assim como proíbe também métodos terapêuticos que atentem ainda mais contra a já delicada situação do paciente (Masson, 2018, p. 63).

Vale ressaltar, também, que o crime de homicídio é comum, o que implica dizer que qualquer pessoa, em tese, pode figurar como sujeito ativo dele, não existindo especificação de nenhum tipo. O §1º do art. 121 também não traz características específicas do sujeito ativo. Logo, enquanto a grande maioria dos conceitos de eutanásia colocam apenas o médico (ou profissional de

saúde, em geral) como agente desse delito, o legislador parece entender que qualquer pessoa, independente de sua profissão ou ocupação, pode cometê-lo.

Nesse íterim, compreende-se que a eutanásia é interpretada como uma “espécie” de homicídio, com a particularidade de ter motivos nobres e relevantes como motivadores. E embora a ortotanásia tenha menor reprovabilidade legal, a eutanásia segue apenas com uma possível diminuição de pena, sem perspectiva de legalização atual.

2.1 Anteprojeto do Novo Código Penal brasileiro

Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 194) leciona que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, iniciava-se também, com a Portaria nº 518/83 do Ministério da Justiça, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. À época, o intuito era adicionar um §3º ao art. 121 do código, que buscava isentar de qualquer penalidade o médico que antecipasse a morte da vítima, desde que esta fosse iminente e inevitável, com a finalidade de eliminar o sofrimento do enfermo. Vale ressaltar que seria necessário não apenas o aval de outro médico, mas também o consentimento da vítima ou, em caso de impossibilidade desta, de seus representantes.

Com a falta de prosseguimento, surge uma nova Portaria, desta vez de número 581/92, nomeando outra comissão (Villas-Bôas, 2005, p. 195). Esta nova comissão modificou o referido parágrafo terceiro do art. 121, o qual, segundo Gisele Mendes de Carvalho, passou a ter a seguinte redação:

[...] não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (Carvalho, 2001, p. 59).

É salutar destacar que a redação não descreve a prática de eutanásia, mas sim de ortotanásia, uma vez que se refere ao ato de “deixar de manter a vida de alguém”, não de abreviar a vida, como ocorre na primeira. Outra diferença perceptível é que enquanto a primeira restringia o privilégio apenas ao médico, a segunda não o faz, não estabelece nenhuma característica especial ao sujeito ativo, dando a entender que a ação pode ser engendrada por qualquer pessoa, devendo estar coberta por dois médicos.

Apesar de sua condução ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao projeto foi dada continuidade apenas em 1994, com uma nova comissão sendo instituída em 1997 (Carvalho, 2001, p. 60). Villas-Bôas (2005, p. 196-197) explica que esta nova comissão estabeleceu tratamento privilegiado para aquele que “agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave”. Sob novo revés, em 1999 surgiu um novo Anteprojeto de reforma da Parte Especial, exigindo o estado terminal do paciente para caracterização da eutanásia.

Gisele Mendes de Carvalho (2001, p. 60) entende que este novo anteprojeto previa penas mais brandas que o anterior para a

eutanásia ativa. Apesar de não ter logrado êxito, previa como eutanásia, em seu parágrafo terceiro:

[...] seja o autor cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e tenha agido 'por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados (Carvalho, 2001, p. 60).

Corvino (2013, p. 13 *apud* Hora, 2015, p. 68) fala sobre o Projeto de Lei nº 236/2012, cuja comissão aprovou um Requerimento de número 756/11, cujo desígnio era criar o art. 122 do Novo Código Penal brasileiro, que previa expressamente a eutanásia como crime, embora a pena instituída fosse menor se comparada à do homicídio simples. *In verbis*:

Eutanásia Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena - prisão, de dois a quatro anos. §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima (Hora, 2015, p. 68-69).

Isto é, aquele cuja conduta for perfeitamente descrita pelo *caput* do art. 122 cometerá o crime de eutanásia, na hipótese do Projeto de Lei ser aprovado e o Código Penal, reformado. Contudo, nota-se uma possibilidade de perdão judicial, mediante avaliação do caso concreto e de eventual relação de parentesco ou proximidade entre agente e vítima.

Sobre o perdão judicial, Masson (2018, p. 151) o descreve como uma clara demonstração de clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena estipulada para alguns delitos, nas suposições previstas em lei. Afirma, ainda:

Somente ao autor de homicídio culposo – anotando-se que a introdução do perdão no cenário do homicídio deveu-se por conta dos crimes de trânsito –, com inspiração no Código Penal alemão, pode-se aplicar a clemência, desde que ele tenha sofrido com o crime praticado uma consequência tão séria e grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou (Masson, 2018, p. 151-152, grifo nosso).

O caso clássico é o do genitor(a) que, por imprudência, acaba por ocasionar a morte do próprio filho, sofrendo de tal maneira com o fortuito que a sanção estatal apenas aumentaria

desnecessariamente sua aflição. No que tange à eutanásia, percebe-se que o art. 122 do Projeto de Lei em questão estende essa clemência para homicídios não culposos, indo na contramão da legislação em vigor.

3 Responsabilidade civil do médico na eutanásia

Segundo o entendimento de Flávio Tartuce (2021, p. 787), a responsabilidade civil pode ser introduzida da seguinte maneira: “(...) surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”. Assim, é possível identificar duas classificações distintas desse mesmo instituto, respectivamente: *responsabilidade civil contratual ou negocial* e *responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana*.

O proeminente civilista explica que o instituto é contratual ou negocial quando decorre do inadimplemento de uma obrigação, seja ela positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer). Ademais, o art. 391 da codificação material consolida a responsabilidade patrimonial, em que os bens do devedor, salvo exceções previstas em lei, respondem por eventual inadimplemento deste. Por outro lado, a responsabilidade será de cunho extracontratual quando estiver baseada em ato ilícito e abuso de direito, conforme descrito pelos arts. 186 e 187 da Lei n° 10.460/2002. *In verbis*:

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 (Brasil, 2002).

No que se refere ao ato ilícito, Tartuce (2021, p. 791) salienta que este pode ser civil, penal ou mesmo administrativo, atentando para a possibilidade de um mesmo ato desta natureza possuir caráter simultaneamente cível e penal, ao ofender conjuntamente a sociedade e o particular. Outrossim, o art. 927 da codificação material, que abre a matéria Obrigação de Indenizar determina que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2002).

Assim sendo, o dano provocado a terceiro em virtude de ato ilícito deve ser reparado por aquele que o cometeu, na forma de pecúnia. As indenizações por danos morais e/ou materiais, por exemplo, surgem para efetivar o disposto acima, constituindo um

dever quando estiverem presentes, concomitantemente, os seguintes pressupostos: “a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo” (Tartuce, 2021, p. 812).

A codificação privada, mais adiante, define a distinção entre as responsabilidades no âmbito civil e penal, sendo relativamente autônomas entre si:

Art. 935. **A responsabilidade civil é independente da criminal**, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (Brasil, 2002, grifo nosso).

Em caso de homicídio, porém, além da sanção penal a ser suportada pelo agente, este deverá ainda reparar os danos causados aos familiares e dependentes da vítima, decorrentes de sua conduta criminosa. Sendo assim, é uma das hipóteses de ato ilícito concomitantemente civil e penal. Nestes termos:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (Brasil, 2002).

Primeiramente, observa-se que a redação do referido artigo não especifica a qual tipo de homicídio se refere (homicídio simples, homicídio privilegiado, homicídio qualificado, homicídio culposo, etc...), levando a crer que qualquer conduta que resulte nesse delito pode estar sujeita aos efeitos do aludido instrumento legal. Diante disto, e do fato da eutanásia ser uma forma de homicídio, depreende-se que o médico que cometê-la estará passível de responder também civilmente por esta atitude, de maneira pecuniária, na forma da lei.

Ademais, o art. 951 do Código Civil dispõe especificamente sobre o assunto:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, **no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia**, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (Brasil, 2002).

Ao se falar em negligência, imprudência ou imperícia, o legislador trata de homicídio culposo, em que são estes elementos que dão causa ao resultado. Desta feita, restam demonstradas as consequências geradas pela eutanásia para o médico, tanto nos âmbitos cível quanto penal. Há ainda, para Delaiti de Melo (2013, p. 30 *apud* Hora, 2015, p. 74) a possibilidade de uma responsabilização ética, regulamentada pelo Conselho Regional de Medicina.

Conclusão

Diante dos múltiplos fatos, ideias e argumentos apresentados, é possível chegar a alguns resultados conclusivos. Examinar a possibilidade, ainda que remota, de permitir a eutanásia com base no respaldo constitucional da dignidade da pessoa humana é de suma importância. A relação entre o tema e os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna transparece sua relevância para a sociedade como um todo, exigindo especial atenção dos profissionais do direito, como advogados, juristas e magistrados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, Carta Magna do direito nacional, de fato contempla o direito à vida como inviolável, o que leva a crer que esta será resguardada em todas as situações, sem exceção.

Todavia, o direito em questão, assim como todos os outros, possui relativizações, visto que nenhum deles se reveste de caráter absoluto. A título de exemplo, pode-se citar as excludentes de ilicitude e a permissividade seletiva do aborto, previstos, respectivamente, nos arts. 23 e 128 do Código Penal. No que tange a essa codificação, urge destacar ainda que a prática da eutanásia não é tipificada como um crime específico, mas compreendida como homicídio privilegiado, causa de diminuição de pena do crime de matar alguém.

Argumenta-se, também, que o direito à vida não implica em um dever de se manter vivo, e que pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não basta estar vivo, é preciso viver de forma digna, o que certamente não acontece quando se submete uma pessoa a procedimentos dolorosos e ineficientes, apenas para não deixá-la partir.

A dignidade enquanto princípio serve como baliza dos direitos fundamentais, e deve acompanhar o ser humano em todas as fases de sua vida, inclusive em seu fim. Não seria coerente que, justo no momento da morte, ela lhe fosse retirada por uma imposição estatal. Nessa mesma linha de pensamento, fala-se de um direito não apenas a uma vida digna, mas também a uma morte digna, rápida e indolor.

Outrossim, vê-se que um suposto direito à eutanásia garantiria à pessoa o exercício de sua autonomia, em razão de, pelas restrições legais abordadas no presente trabalho, a aplicação do procedimento constituir homicídio, ainda que seja feito a pedido reiterado e convicto da vítima. Isto é, mesmo nos casos em que o paciente suplica por uma boa morte, esta não poderá ser-lhe concedida, o que vai na contramão de sua autodeterminação.

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro aborda a eutanásia como crime de homicídio, na forma privilegiada, por constituir violação do direito à vida, porém mediante valor social ou moral relevante. Há previsão de reparação à família da vítima na forma do Código Civil, através de indenização e/ou pagamento de pensão alimentícia àqueles que dela dependiam. Os conflitos subjacentes entre os direitos e garantias fundamentais existem de maneira notável, e residem no argumento de proteção à vida como pretexto para prolongá-la, por vezes a custo da dignidade individual.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana é utilizada como contraponto, considerando que, tão ou mais importante do que viver, é viver bem, sendo a impossibilidade disto justificativa para findar a vida de um enfermo. Destarte, infere-se que a legislação brasileira a respeito do procedimento em análise não

protege de maneira plena os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, dando margens para o prolongamento penoso da vida e não dando a devida importância ao direito à morte digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 out. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452-1/RJ**. Comissão parlamentar de inquérito - Poderes de investigação (cf, art. 58, §3º) - Limitações constitucionais - Legitimidade do controle jurisdicional - Possibilidade de a cpi ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico - Necessidade de fundamentação do ato deliberativo - Deliberação da cpi que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos - Mandado de segurança

deferido. Min. Celso de Mello, 12 de maio de 2000. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 out. 2023.

CABRAL, Gabriel Alves. **Eutanásia e o direito de viver e morrer com dignidade**. Goiânia, 2021. 41 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2021

CABRERA, Heidy de Avila. **Eutanásia: direito de morrer dignamente**. Osasco, 2010. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FIEO. 2010. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/4332746-Heidy-de-avila-cabrera-eutanasia-direito-de-morrer-dignamente.html>>. Acesso em 21 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212**. 19. ed. atual. vol. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2023.

COSTA, Nathanael Gonzaga. **Eutanásia**: direito à morte digna. Anápolis, 2018. 46 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Curso de Direito, UniEVANGÉLICA. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo Martins Fontes, 2003.

HORA, Filipe Duarte da. **Eutanásia**: direito de escolha como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Salvador, 2015. 89 p. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito. 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2023.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Rafael Silva. **Direito à eutanásia: uma morte digna como efetivação do princípio da dignidade humana.** Uberlândia, 49 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 09 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

VIANA, Alice Pompeu. **Terminalidade da vida e dignidade humana.** 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4730/21e.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 set. 2023.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRIME COM PENA DE MORTE: UM DEBATE SOBRE A LEGALIZAÇÃO E GARANTIAS DE ABORTO SEGURO PARA PESSOAS QUE GESTAM.

Rhilenne Gomes Feitosa

Erasmoo Carlos Amorim Morais

Introdução

A discussão sobre o aborto frequentemente costuma provocar reações díspares em um debate feroz, ofertando uma mobilização social pautada em convicções pessoais e, conseqüentemente, ocupado, muitas vezes, posicionamentos antagônicos que nem sempre estão pautados em argumentos claros e convincentes.

No Brasil, o tema é tratado pelo nosso ordenamento jurídico como conduta criminal, na contramão de outros países que têm buscado avaliar o tema como uma concretização de direitos de pessoas sobre seu próprio corpo. A criminalização da interrupção voluntária da gravidez não faz com que os abortamentos acabem ou diminuam, pelo contrário, possuem uma conseqüente contribuição para o aumento da exposição aos riscos de saúde e configuram-se como verdadeira promoção estatal de cemitérios de gestantes em conseqüência de abortamentos clandestinos (Emmerick, 2007).

Vários países legalizaram a prática do aborto nos primeiros meses de gestação, garantindo, dessa forma, o direito à liberdade das pessoas com útero sobre o seu corpo no que diz respeito ao ato de gerar. Um estudo realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) concluiu que países com leis que proíbem o aborto

não conseguiram frear a prática e que hoje contam com taxas acima daqueles locais onde o aborto é legalizado. Já nos países onde a prática é autorizada, ela foi acompanhada por uma ampla estratégia de planejamento familiar e acesso à saúde, incluindo métodos contraceptivos, que levaram a uma queda substancial no número de abortos realizados, e quando se opta pelo aborto, fazem-no com segurança médica (Santiago, 2008).

Entretanto, muitos países ainda tratam o aborto como um tema do gênero criminal, quando, na verdade, trata-se de um assunto de saúde pública e garantia do exercício de direitos individuais e reprodutivos, como nos mostra a vivência de outras sociedades que optaram pela legalização.

Na França, por exemplo, o aborto até 14 semanas de gestação é legalizado desde 1975 e pode, inclusive, ser realizado em hospitais públicos, onde o Estado oferece suporte à mulher que decidir interromper a gestação indesejada. A Colômbia, por sua vez, legalizou o aborto em fevereiro de 2022 e o procedimento pode ser realizado até a 24ª semana gestacional, e o país tornou-se, assim, o sexto da América Latina a garantir o direito a interrupção gestacional.¹

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Locomotiva e a Agência Patrícia Galvão informou que 45% dos brasileiros acima de 16 anos conhecem uma mulher que fez aborto. Essa pesquisa entrevistou 1.600 pessoas, entre homens e mulheres com dezesseis anos ou mais, de 12 regiões metropolitanas no Brasil, entre o período de outubro a novembro de 2017. A pesquisa aponta, também, que o índice é ainda maior quando levamos em

¹<https://exame.com/mundo/franca-estende-direito-ao-aborto-ate-14-semanas-de-gravidez/>

consideração o público feminino, onde 52% conhecem alguma mulher que interrompeu a gravidez.²

Esses dados nos levam a entender que manter o aborto como crime tipificado no atual Código Penal representa a exposição de uma enorme quantidade de pessoas que gestam à clandestinidade e suas consequências. Portanto, os dispositivos penais não refletem eficiência jurídica.

Histórico do aborto no Brasil

O aborto é a expulsão, espontânea ou provocada, do embrião ou feto do útero antes que esse tenha condições mínimas de sobrevivência no espaço extrauterino. É considerado espontâneo quando interrompido de forma natural ou acidentalmente, e provocado quando causado por ação humana. “Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina.” (Capez, 2015, p.141.).

A lei não faz diferença entre óvulo fecundado, embrião ou feto, sendo o aborto caracterizado em qualquer fase da gestação, desde a concepção até o início do trabalho de parto, pois a partir do nascimento poderemos caracterizar a situação como crime de infanticídio, conforme Art. 123 que caracteriza-se por matar sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, ou pode ser tipificado como homicídio, em conformidade com o Art. 121 ambos do Código Penal Brasileiro

²<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/quase-metade-dos-brasileiros-conhece-uma-mulher-que-fez-aborto-diz-pesquisa.ghtml>
04/12/2017.

(Capez, 2015).

A prática do aborto não é novidade nas sociedades humanas, tendo perdurado ao longo do tempo e assumido uma série de significações, técnicas e motivações diferentes. Além do mais, essa conduta nem sempre foi uma ação de incriminação, tendo sido, inclusive, muito comum e tolerada entre povos da antiguidade.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis Republicanas não tratavam da questão pois o produto da concepção era tratado como extensão do corpo feminino e não como um ser autônomo, logo, a pessoa que abortava apenas dispunha sobre seu corpo. Posteriormente, o aborto foi tratado em Roma como uma lesão ao direito do marido à prole, tendo sido, então, sua prática castigada a partir do Cristianismo e das reformas nas leis romanas, que equiparavam o aborto criminoso ao homicídio a partir dos Imperadores Adriano, Constantino e Teodósio (Capez, 2015)

Na idade média, Santo Agostinho, baseando-se em ensinamentos aristotélicos, entendia o aborto como criminoso em torno de quarenta ou oitenta dias após a concepção, pois, para o filósofo, somente neste período o feto recebia alma. Já São Basílio não aceitava qualquer possibilidade para aborto, considerava sempre algo criminoso. “É certo que, em se tratando da prática abortiva, a Igreja sempre influenciou com seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais.” (Capez, 2015, p.142).

No Brasil colonial, a condição feminina estava intimamente relacionada aos interesses políticos, econômicos, religiosos e sociais da época, constatando-se, assim, uma intensa hierarquização entre os sexos, pautada em mecanismos eficazes

de controle do corpo e sexualidade das mulheres. Neste contexto, o corpo que gestava colocava-se à disposição das necessidades do Império Português e ao fenômeno do “vazio demográfico” no Brasil colônia através da domesticação do feminino, passando inevitavelmente pela maternidade dentro do casamento normatizado. Ser mulher na colônia era obedecer, sobretudo, ao ideal da maternidade preconizado nos vários aspectos da sociedade desse contexto (Del Priore, 2008)

Entretanto, segundo Mary Del Priore, a prática do aborto já estava descrita nas primeiras cartas jesuíticas como de uso frequente por indígenas. A autora afirma, ainda, que essa prática estava evidenciada não só na vida das nativas, como também das portuguesas.

Na colônia, a reprovação do aborto estava atrelada tanto ao Estado quanto, e principalmente, aos dogmas da igreja católica, à medida que estes iam ao encontro da figura da família sagrada e da construção da imagem da “Santa Mãezinha”³. Ainda assim, no período das Ordenações Portuguesas não existia codificação legal criminalizando o aborto (Del Priore, 2008).

As teses moralistas e canonistas tornaram-se formas de trazer recomendações precisas para condenar sistematicamente o aborto, controlar suas formas e puni-lo com penitências que variavam de três a cinco anos. A convicção da igreja católica em combater o aborto residia no poder feminino de dirimir pecados e dentre eles o principal, o original. Sendo assim, a mulher poderia resgatar a humanidade vivenciando todas as fases da

³ Segundo Mary Del Priore o estereótipo da santa-mãezinha provedora, piedosa, dedicada e assexuada se construiu no imaginário brasileiro no período colonial e não mais o abandonou.

maternidade de forma sacralizada.

As teses de moralistas e canonistas tornavam-se perceptíveis às camadas populares e aos fiéis, sobretudo pelos manuais de confessores. Eles traziam recomendações precisas para condenar sistematicamente o aborto, controlar suas formas e de puni-lo com penitências que variavam de três a cinco anos de duração (Del Priore, 2008, p. 257)

Neste sentido, o aborto era duramente combatido, mesmo que ainda não fosse criminalizado, e corporificava-se como algo monstruoso, carregado de estigma e acentuando, portanto, que a mulher que se priva da prenhez foge da responsabilidade de salvar o mundo inteiro.

As práticas abortivas no Brasil colônia estavam intimamente ligadas a dois princípios básicos: quando feito de forma voluntária era coisa de parteiras e “fazedoiras de anjos” em seus esforços rústicos e empíricos para eliminar os frutos indesejados, arriscando vidas de mães e filhos; já o aborto involuntário, institucionalizado e tolerado pela igreja, merecia toda dedicação de doutores e da ciência, com inúmeras receitas e medicações fitoterápicas que eram utilizadas com a finalidade de expulsar placenta, feto morto e “molas” (Del Priore, 2008).

Na colônia, os abortos eram feitos com todo tipo de “beberragens”⁴, ervas e substâncias nocivas à saúde do feto e da

⁴ Beberragens são infusões medicinais feitas de ervas.

mãe. Outros meios utilizados eram a introdução de objetos pontiagudos, longas cavalgadas, levantar pesos, espancar o ventre, rastejar e uma enorme variedade de agressões (Del Priore, 2008).

mulher de temperamento bilioso [...] “acometida por violenta paixão.” saíram alguns ossos por esforço naturais, [...] e a doente não podia dormir e tinha suores frios pela cabeça e agudas dores de ventre.” Dois dias mais tarde “saíram mais ossos e apareceram sintomas mortais. Extinguiu-se a fala, a língua ficou negra e da mesma sorte os dentes e olhos se fixaram, perderam o lustro natural. (Del Priore, p. 260, apud Ferraz, 1799).

A descrição da mulher “biliosa” deixava transparecer toda repugnância e reprovação com relação ao aborto, sendo este considerado consequência de violenta paixão e luxúria, como que um aviso às que têm qualquer pretensão de se deixar guiar pela lascividade. O aborto clandestino era, e ainda é, um dos maiores produtores de cemitérios femininos e de pessoas com útero no Brasil.

Apesar de todo o esforço, principalmente religioso, em combater o aborto, o mesmo só passou a ser considerado crime com o Código Criminal do Império de 1830. O diploma penal discutia sobre o aborto no capítulo referente aos Crimes Contra a Segurança da Pessoa e da Vida.

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas - dobradas.

O dispositivo discutia se o aborto acontecia com ou sem consentimento da gestante, e, assim, surgiram normas contra os aborteiros que os condenavam a 5 (cinco) anos de trabalho forçados, mesmo com a permissão da gestante, que, por sua vez, passava impune. A pena era agravada se o aborto fosse cometido por especialista que dominasse a técnica de modo científico.

Contudo, resta-nos observar que o bem jurídico tutelado não era o direito à vida do feto e sim a segurança da mulher, posto que o autoaborto não era penalizado e sim o praticado por terceiro que lhe colocava a vida e o crescimento populacional em risco. “Acredita-se que o aborto nesta época já era uma prática que fazia parte dos costumes e do cotidiano das mulheres, onde importava punir aquele que atentasse contra a necessidade de crescimento da população nacional. (Emmerick, 2007, p. 79).”

Em 1890, o Código Penal da República, no Capítulo IV, Título X, passou a penalizar a mulher que fizesse o feto

renunciar; cinco anos de reclusão, tendo por sua vez, estabelecido atenuantes nos casos de defesa da honra, onde a pena sofria redução de um terço. Inovou ainda trazendo à tona a noção de aborto legal, no caso, o necessário, que se trata daqueles realizados para salvar a vida da gestante, e, por sua vez, ficavam isentos de criminalização, pois eram necessários para resguardar a vida da pessoa que estava gestando.

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos. No segundo caso: - pena de prisão cellular por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prisão cellular por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonor propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, ocasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.

Em 1856, o Decreto nº 1.746 de 16 de abril, que buscava regulamentar a Secretaria da Polícia da Corte, previu em seu texto o surgimento da medicina legal com o intuito de constatar práticas criminosas através de exames “de corpo de delito”⁵. “Art. 8º A' Secção Medica incumbe: Os corpos de delito, e quaisquer exames médicos, necessários para averiguação dos crimes e fatos como tais suspeitos.”

Anteriormente ao advento da medicina legal, os boticários eram responsáveis por avaliar se a mulher havia praticado aborto. Com o avanço dessa ciência, e o Decreto nº 1.746, a ação coube aos médicos peritos através de exames toxicológicos que permitiam também precisar o tempo da gestação (Del Priore, 2012).

No início do século XX, o controle de natalidade passou a ser de interesse público. Medicina e política discutiam sobre o comportamento reprodutivo das pessoas e o aborto mais uma vez ganha o centro do debate. Passou-se a discutir a diferença entre método contraceptivo e aborto, pois inúmeros abortivos eram comercializados livremente sob o nome de “medicamentos

⁵ Corpo de delito são todos os vestígios materiais deixados por uma determinada ação delituosa e que indicam a existência de um crime.

para mulheres”.

A natalidade era fundamental não só para a continuação da espécie argumento secular -, mas para a sociedade. Medicina e política davam-se as mãos, prescrevendo normas para o comportamento reprodutivo. O aborto entrou na mira das autoridades. Passou-se a regular-se a diferença entre contracepção e aborto. Isso foi importante, pois, até poucas décadas atrás, contraceptivos e abortivos eram anunciados em jornais e revistas, vendidos em farmácias ou em domicílio. Muitos “medicamentos para mulheres” disfarçavam abortivos. E o que dizer de sua adoção sem maiores dramas de consciência? A vida burguesa e urbana conduziu a um controle individual das mulheres sobre sua sexualidade. E há quem diga que a contracepção foi um aspecto fundamental para a formação da sexualidade burguesa. (Del Priore, 2008, p.145)

Apesar do controle estatal sobre forma de lei, pois o produto de uma gravidez pertencia também ao Estado, “os fazedores de anjos” atuavam trabalhando intensamente no Brasil do século XIX e XX e sem nenhuma regulamentação. Viviam sob aspectos da monstruosidade e impunidade porque as mulheres continuavam abortando, mesmo com o surgimento e recrudescimento da lei e aprimoramento das técnicas para diagnosticar um aborto.

Oswaldo Pova, médico em Campos, no sul fluminense, em 1936, dizia ser o aborto um dos problemas principais da cidade onde clinicava. Seu número seria “infinito”. Uma vez a maternidade local inaugurada, a sala de “infectadas” não esvaziava jamais. “Muitas procuravam o profissional, ainda com a sonda criminosa introduzida no canal cervical.” Queixava-se, chocado. O preço do serviço era de dez a vinte mil-reis. E, numa época em que população grande rimava com desenvolvimento, concluía pesaroso: “A expressão ‘a riqueza dos pobres são os filhos’ só existia de memória”. (Del Priore, 2008, p. 145).

As palavras do médico Oswaldo nos levam a uma reflexão para além da quantidade de abortos clandestinos na época, e nos faz perceber também a abundância de complicações e enfermidades geradas por esta prática. Os motivos para o aborto da sociedade do século XIX e XX eram os mais variados:

A mulher casada que engravida na ausência do marido, a mulher frequentadora do meio chique e cuja gravidez lhe impede de continuar a comparecer a festas e reuniões etc. A *demi-mondaine*, perturbada no exercício de sua profissão por uma gravidez inoportuna, a amásia que se vê surpreendida por uma gravidez inesperada, e finalmente a representante da classe burguesa, cujo

modesto orçamento seria desequilibrado pela vinda de uma criança, que tem achado como único recurso para sua situação a prática do aborto.” (Del Priore, 2011, p. 145)

Em 1940, o novo Código Penal tipificou o crime de aborto na Parte Especial, Título I, Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Os artigos tratam, respectivamente, do autoaborto, do provocado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante, do aborto necessário e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro. As duas hipóteses previstas no artigo 128 são exceções em que o aborto pode ser praticado legalmente por médicos sem que o profissional e a gestante sofram qualquer sanção penal.

Apesar da previsão normativa contida no artigo 128, ainda assim, nosso atual Código Penal é extremamente restritivo e na regra geral proíbe e penaliza a interrupção de gravidez de forma voluntária. Interessante ressaltar que desde a década de 1990, os tribunais brasileiros têm concedido autorização judicial para interrupção de gestação em caso de anencéfalos e outros problemas que impossibilitam a vida extrauterina: é o chamado aborto eugenésico, eugênico ou piedoso. (Capez, 2015, p. 160).

Nas décadas de 60 e 70 os debates em torno do aborto ganharam os espaços públicos de forma mais evidente. Tornou-se necessário abordar esta temática em virtude dos avanços sociais e redefinição dos papéis de gênero na sociedade

brasileira. Esta iniciativa foi resultado, sobretudo, de mobilização de mulheres enquanto movimento organizado e suas lutas pela igualdade de direitos e pelo controle de seu corpo e sexualidade (Emmerick, 2007).

Em pesquisa dirigida pela antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília, em 2016, estimou-se que ao contrário do que prega o conhecimento popular, o perfil de mulheres que abortam aponta para aquelas casadas, com outros filhos e que tentam impedir o crescimento desordenado da família, contrariando, portanto, o senso comum que acredita que as mulheres que interrompem uma gestação são amantes ou mulheres promíscuas (Diniz, 2017).

Apesar de todo esse cenário, poucas mulheres e pessoas com útero foram processadas e condenadas por prática de aborto. Entretanto, são as pessoas pobres, negras, com pouca ou nenhuma escolaridade as mais expostas à procedimentos clandestinos inseguros e que, conseqüentemente, colocam em risco suas vidas, saúde e o pleno exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (Emmerick, 2007).

Portanto, a manutenção do aborto como crime tipificado no atual Código Penal representa expor uma enorme quantidade de pessoas à clandestinidade e suas conseqüências, tendo em vista que os dispositivos penais não refletem eficiência jurídica. Configuram-se na verdade, como elementos que colocam a saúde em risco e são causas impeditivas no que tange ao pleno exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, que impedem o acesso à saúde e ao planejamento familiar, e que, conseqüentemente, revestem-se em uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

1.1-Espécies de aborto

1.1.1-Aborto provocado pela própria gestante (CP, art. 124)

O Código Penal vigente no Brasil prevê em seu artigo 124, caput, a primeira previsão que é o aborto provocado pela própria gestante, e, nesse caso, é a pessoa gestante quem executa a ação material do crime, empregando todos os meios e manobras para resultado da ação. É possível, entretanto, a participação na ação delitiva, tendo um terceiro a função de auxiliar, induzir e instigar de maneira secundária a gestante a provocar autoaborto (Capez, 2015, p.150).

Já na segunda parte do artigo 124, observamos o aborto consentido pela gestante, onde a mulher apenas consente que outro exerça a prática abortiva, sendo a execução material do crime exercida por outra pessoa. Dessa forma, haverá a previsão separada de dois crimes, quais sejam os previstos no art. 124 para a gestante e para o terceiro, o que está previsto no art. 126 que abordaremos posteriormente.

1.1.2- Aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante (CP, art. 125).

O art. 125 trata da forma mais gravosa dos tipos de aborto. Dispõe sobre ação abortiva sem o consentimento da gestante, onde a mesma não concorda, ou não tem conhecimento do delito praticado contra ela ou, ainda, quando terceiro emprega grave ameaça ou violência no intuito de alcançar o objetivo. A ausência de consentimento define o elemento do tipo penal.

1.1.3- Aborto provocado por terceiro, com consentimento da gestante (CP, art. 126).

A descrição do art. 126 do Código Penal gera a incidência de duas figuras típicas, como vimos anteriormente, uma para a gestante (art. 124) e outra para o terceiro que provoca o aborto (art. 126). Para a caracterização da figura do aborto, é necessário que o consentimento seja válido, ou seja, que ela tenha capacidade⁶ para consentir; do contrário, terá o terceiro incorrido em outro artigo, o 125, C.P.

1.1.4- Aborto legal: causas permitidas (CP, art. 128)

1.1.4.1- Aborto Necessário ou Terapêutico

Esta espécie de aborto encontra-se elencada no artigo 128, I, CP, e trata-se de uma interrupção de gravidez realizada por médico quando a gestante correr risco de vida e inexistir outro meio de salvar-lhe.

Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que no caso é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso um ser que ainda não foi formado totalmente.” (Capez, 2015, p. 156).

⁶ A capacidade jurídica de uma pessoa física ou jurídica é a possibilidade de ela exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio.

Observa-se que não se trata apenas de doença da gestante. O médico deverá avaliar se a mesma corre real risco de vida. Nessa circunstância, é dispensável o consentimento da pessoa que gesta ou de seus familiares, tendo o médico autonomia para agir diante do perigo iminente à vida.

1.1.4.2- Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético.

No Brasil, segundo dados do IBGE e do Ministério da Saúde, entre os anos de 2015 e 2019, foram registrados cerca de 822 mil casos de violência sexual no país, o que significa que a cada minuto duas mulheres são estupradas. Jovens de 10 a 14 anos representam 67% das vítimas. Outro dado possibilitado pela pesquisa diz respeito a subnotificação, onde do total de casos de violência sexual, apenas 8,5% são comunicados à autoridade policial e 4,2% chegam aos Sistema Único de Saúde.⁷

O Código Penal permite o aborto em decorrência de estupro. Essa modalidade de aborto está prevista no artigo 128, II, CP e é realizado nos casos em que a gravidez acontece em virtude de estupro. Seu princípio reside no argumento de que o Estado não pode obrigar a pessoa a dar continuidade a uma gravidez que é resultada de uma ação violenta e traumática.

A lei não exige decisão judicial ou sentença condenatória e o procedimento médico é regido atualmente pela portaria N^o 2.561, de 23 de setembro de 2020, que dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único

⁷www.cartacapital.com.br/sociedade/a-cada-minuto-duas-mulheres-sao-estupradas-no-brasil-a-maioria-em-suas-proprias-casas/ acessado em 21/06/2023.

de Saúde- SUS. Segundo a Portaria nº 2561/20, há quatro fases para justificação e autorização de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei. Tais fases devem ser registradas de forma confidencial e anexadas ao prontuário médico.

A primeira delas trata sobre o relato caracterizando a situação do estupro com informações mais precisas possíveis sobre as circunstâncias do ato. A segunda, por sua vez, diz respeito a um parecer técnico emitido por médico após exame físico e ginecológico. Nessa fase, também é acionada a equipe multiprofissional, da qual três integrantes também emitirão o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez, que poderá ou não estar consoante ao parecer técnico.

A terceira fase envolve a assinatura, por parte da gestante, do Termo de Responsabilidade, que versa sobre as penalidades para os crimes de aborto e de falsidade ideológica, a depender da veracidade das informações prestadas. A quarta e última fase é composta pela assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que deverá ser emitido na linguagem mais acessível possível para a gestante, evidenciando riscos envolvidos, procedimentos médicos, a forma da assistência e garantia do sigilo. Toda a documentação coletada nessas fases deve ser assinada pela gestante ou representante legal em duas vias, sendo uma para a gestante.

A Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 tornou o estupro como crime de ação penal pública incondicionada à representação da vítima e em razão dessa mudança, a portaria nº 2.561/20 traz a seguinte redação:

Art. 7º Em razão da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o artigo 225 do

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, o médico e os demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolherem a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro, deverão observar as seguintes medidas:

I - Comunicar o fato à autoridade policial responsável;

II - Preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012.

O que podemos perceber é que o aborto nos casos de estupro não precisa aguardar autorização judicial ou policial e que cabe ao profissional de saúde apenas comunicar a autoridade policial sobre o acontecido e preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro, inclusive fragmentos de embrião ou feto, para que seja possível análise genética que contribua na construção de acervo probatório da materialidade do crime.

1.1.5- Outras espécies de aborto

Aborto Natural

Interrupção espontânea da gestação, não há previsão de crime.

1.5.1.2 Aborto Acidental

Acontece em decorrência de traumatismo ou algum outro acidente, neste também não há tipicidade em nosso ordenamento.

1.5.1.3 Aborto Eugénésico, Eugênico ou Piedoso

É aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico e por isso consta como crime de aborto. Entretanto, possuindo prova irrefutável de que a vida fora do ambiente uterino seja impossível, desde que amparada por laudos médicos, deve ser autorizada sua prática (Capez, 2015). É o caso do feto anencéfalo onde o STJ proferiu a seguinte decisão:

Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar o aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art.128, incs.

I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente encontra-se em estágio avançado, tendo atingido o termo final para realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada (STJ, 5ª Turma, HC 56.572/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25-4-2006, DJ, 15-6-2006, p. 273).

Encéfalo é parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro e possui uma demasiada importância para tal sistema, de modo que sua ausência implica em inexistência de atividade cerebral e sem esta não há que se falar de vida (Machado, 2014). Portanto a Confederação Nacional dos Trabalhadores (CNTS) ajuizou uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual pretendeu o posicionamento do Superior Tribunal Federal (STF) para que o houvesse entendimento uniforme com relação ao aborto no caso de feto anencéfalo, bem como a operação terapêutica nesses casos, como reconhecimento de direito constitucional da gestante, sendo possível a partir de laudo médico que atestasse tal deformidade.

Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio: “Trata-se de situação concreta que conflita com a dignidade humana, a

legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade, [...], manter-se a gestação resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além de riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.”

Sendo assim, o STF em julgamento à ADPF 54/2004 (Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental), proposta pela CNTPS, por maioria dos ministros decidiu pela descriminalização de interrupção da gravidez no caso de fetos anencefálicos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por 8 votos a 2, na última 5ª feira, dia 12 de abril de 2012 ser legítima a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, se esta for a vontade da mulher. Os votos acolheram diferentes argumentos apresentados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada por mim: não se trata de aborto ou, ainda que fosse estaria fora da incidência do Código Penal, dentre outras razões, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Em memorial distribuído na véspera, na sustentação oral, acrescentei o argumento da autonomia reprodutiva da mulher.” (Luís Roberto Barroso, representante da CNTPS, 2012).

A decisão da Corte Suprema, além de inovadora – para o mundo jurídico brasileiro – foi histórica. Diante do conservadorismo enraizado, o Ministro Marco Aurélio de Melo firmou o entendimento de que, apesar de biologicamente vivo, o feto sem cérebro é juridicamente morto, ou seja, não goza de

proteção jurídica, não ensejando quem pratica o aborto, nas penas previstas no Código Penal Pátrio. Separa que para gozar de personalidade jurídica a pessoa tem que nascer com vida (conforme o artigo 2º do Código Civil) e o feto com anencefalia, cientificamente comprovado, não a possui. Portanto, é contraditório encaixar a conduta no Capítulo previsto no Código Penal como Crimes Contra a Vida, sendo, destarte, conduta meramente atípica, funcionando o STF como um interpretador da norma em seu verdadeiro sentido, buscando a adequação social das leis em razão das transformações da sociedade, tendo em vista que nosso Código Penal é da primeira metade do século XX.

2. O direito de decidir: uma perspectiva do aborto pelos princípios constitucionais.

O direito a vida é garantia positivada na Constituição Federal de 1988, no Título II, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

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

A Constituição de 1988 poderia ter dirimido a controvérsia em torno do aborto, ainda em seu artigo 5º, diante da tensão que

já existia no momento da elaboração do texto. Entretanto não o fez e optou por não resolver o conflito em grau hierárquico superior. Importante ressaltar que, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, a participação feminina através do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher foi bastante intensa, refletindo a pressão e grande movimentação para que as demandas femininas fossem de fato atendidas pelo texto Constitucional, conforme afirma a pesquisadora Cláudia Mayorga.

Apesar dos avanços, a Constituição de 1988 não inovou as bases legais no que diz respeito ao aborto, que continuou criminalizado e seu acesso restrito. Ainda assim, foi uma grande conquista que o texto constitucional não diga expressamente que a vida merece proteção desde a concepção, permitindo uma margem de debate para que o aborto deixe de ser tratado como ação criminosa e passe a ser entendido como garantia individual ampla e um direito a ser exercido por todas as mulheres, conforme evidência Ricardo Cabral Santiago.

Segundo José Afonso da Silva, três tendências marcaram o debate em torno do tema no interior da Assembleia Constituinte. A primeira, garantia o direito à vida desde a concepção (o que refletiria impossibilidade da descriminalização do aborto). A segunda vertente entendia o direito à vida apenas a partir do nascimento, cabendo à mulher a responsabilidade pela decisão na manutenção da gestação. Já o terceiro posicionamento entendia que não cabia ao diploma constitucional debruçar-se sobre a questão.

Assim, observamos que a terceira vertente prevaleceu naquele momento, tendo a constituição deixado margem para o debate a partir do momento que não o impossibilitou, o que

aconteceria se dissesse que a vida seria garantida desde a concepção e é essa margem de interpretação constitucional que deixa brechas para que o tema possa ser amplamente discutido no Brasil. A decisão torna implícito que os constituintes deixaram o debate sobre o aborto a cargo da legislação ordinária, em especial a Penal.

Diante do que traz o diploma constitucional sobre o direito à vida, torna-se salutar debater sobre qual seria o momento inicial da vida humana. Esse, por sua vez, é um tema de intenso debate interdisciplinar, amplamente discutido em várias esferas de produção de conhecimento, e, portanto, não há um consenso firmado sobre o tema.

No campo do Direito, essa temática também é controvertida e várias são as teses que se debruçam sobre a questão, sendo a mais aceita pelos juristas para contabilizar o início da vida humana o mesmo indicador legal utilizado para contabilizar o fim, a constatação de atividade cerebral (Maia, 2008). A atividade cerebral inicia-se no feto quando este completa algo em torno de doze semanas, e, por isso, alguns países que legalizaram o aborto valem-se desse prazo como tempo permissivo para realização do procedimento bem como privilegiam a segurança da mulher durante o método.

Segundo Roberto Chateaubriand Domingues, ao pensar-se o estágio embrionário como pessoa, titular de direitos e garantias desde a concepção, tem-se, em princípio, a necessária manutenção da norma penal incriminadora no seio do ordenamento jurídico brasileiro, “tem-se, assim, constituído o argumento de que o crime de aborto, em última instância, equivaleria a uma forma de homicídio, mesmo que essa denominação soe imprópria tecnicamente.” (Domingues, p. 71,

2008).

Neste sentido, vários segmentos conservadores da realidade brasileira atual têm se movimentado com o intento de acrescentar no texto constitucional, em seu artigo 5º, no trecho que aborda o direito à vida, que a mesma merece proteção desde a sua concepção, ou seja, desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo. Inclusive a mobilização também acontece através da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 29/2015).⁸

Por outra perspectiva, Mônica Bara Maia entende que ao se problematizar o conceito de vida e de pessoa, possibilita-se o debate em torno da interrupção gestacional, pois o feto representa uma expectativa de tornar-se humano, possuindo, portando, uma expectativa de direitos, passível de flexibilização diante de valores e direitos apresentados pela pessoa já nascida, como dignidade de pessoa humana, liberdade, direitos sexuais e reprodutivos. Dessa forma, destaca-se a violação, a partir da criminalização do aborto, de diversos direitos constitucionais de pessoas que gestam, bem como o flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade, como afirma o ministro Marco Aurélio em julgamento do Habeas Corpus 124.306⁹.

⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>

⁹ (STF - HC: 124.306 RJ - RIO DE JANEIRO XXXX-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017)

Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Nenhum direito fundamental é absoluto. Assim, quando há conflito entre esses direitos, deve-se observar a utilização do princípio da razoabilidade para que sirva de ponderação.

O Código Penal trata o aborto na parte intitulada de *Crimes Contra a Vida*, entretanto, é notória a diferente abordagem que se dá para o homicídio, por exemplo. Neste, fica claro que o bem jurídico tutelado é a pessoa humana, enquanto aquele o que se tutela é o embrião.

Vê-se que, mesmo inseridos no mesmo capítulo, aborto e homicídio recebem tratamentos diversos, revelando que, perante a sociedade, os bens tutelados não se equivalem e, muitos menos, podem ser discursivamente intercambiáveis. (Domingues, p. 83, 2008)

Uma análise sobre o Código Civil Brasileiro também nos remete à reflexão semelhante. Ao se analisar o artigo 2º, encontra-se também essa sutil diferenciação entre os direitos concretizados com o nascimento e as garantias inerentes aos que têm apenas potencial de vir a ser. “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Diante dessa perspectiva, entende-se que a Constituição não garante o direito à vida desde a concepção, o que caracteriza a possibilidade de descriminalização do aborto como algo perfeitamente viável, contribuindo, assim, para que a interrupção voluntária da gravidez seja entendida como uma questão de saúde pública e como exercício pleno de direitos humanos, mas especificamente os sexuais e reprodutivos.

Nesse contexto, também é importante salientar que o debate sobre a legalização deve abranger pessoas com útero e com capacidade de gestar e não apenas mulheres. É necessário indicar que homens transsexuais e pessoas não binárias devem ser inseridas nos debates sobre a legalização e sobre a promoção de serviços públicos.

A proibição do aborto representa uma clara limitação à dignidade da pessoa humana já nascida, a grávida, e, portanto,

detentora de direitos e não de expectativa, como o feto. Ela deveria possuir autonomia sobre seu próprio corpo e sua individualidade e poder, assim, optar entre dar continuidade ou não à gestação, evidenciando uma autodeterminação sobre si e sobre o livre exercício de seus direitos reprodutivos e sexuais. À esta pessoa, a maternidade não deveria ser uma obrigação imposta pelo Estado, conforme sugere o ministro do STF Marco Aurélio.

Nesta perspectiva, é importante salientar que impor à pessoa com útero uma gestação tomando por base discursos construídos por diversas perspectivas, tais quais os papéis de gênero e discursos religiosos, que acreditam que a maternidade é um caminho natural e obrigatório, característico da condição de ser mulher, representa um ato de coisificação, porque não leva em consideração a autonomia dessas pessoas sobre seus corpos e sobre sua realidade social e diversidade de gênero.

Ao homem é facultada a escolha entre formar uma família, prover o sustento da criança sem nem ao menos construir um vínculo afetivo com ela, ou apenas abandonar suas parceiras, sem sequer tomar conhecimento do produto de sua relação sexual. (Domingues, 2008, p.120).

Nesse contexto, é válido analisar também a existência das mães solas¹⁰. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia

¹⁰ Mãe solo é um termo utilizado para designar mulheres que são responsáveis sozinhas ou praticamente sozinhas pela criação de seus

e Estatística (IBGE), elas, atualmente, representam mais de 11 milhões de mulheres no Brasil, desdobrando-se entre a realidade do trabalho, cuidados com os filhos e serviços domésticos. Os dados mostram ainda que a maioria dessas mulheres são negras e 56,9% estão abaixo da linha da pobreza. O número de crianças que sequer têm o nome do pai no registro de nascimento gira em torno de 5,5 milhões.¹¹ Um levantamento feito pela ONG Rede Nossa São Paulo, evidencia que 33% de mulheres que moram na capital (esse número corresponde à 1.219.438 mulheres) cuidam sozinhas dos filhos, sem qualquer rede de apoio.¹² Os números apresentados acima são capazes de evidenciar muitas questões, dentre elas o abandono paterno. Mulheres e crianças, sobretudo as mais pobres, sofrem com essa realidade desde o período colonial no Brasil (Del Priore, 2008).

A criminalização do aborto voluntário atinge na prática gestantes pobres, que não possuem meios financeiros para buscar ajuda médica especializada, ainda que clandestina. O aborto inseguro, segundo dados do Sistema Único de Saúde representa um grave problema à saúde pública no Brasil, que contribui efetivamente com o aumento dos índices de morte materna, bem como outras sequelas e complicações, tais como hemorragias,

filhos, o termo substituí “mãe solteira” e é largamente utilizado pelos movimentos sociais.

¹¹<https://revistacrescer.globo.com/Voce-saber/noticia/2019/05/mae-solo-maternidade-nao-e-sobre-estado-civil-filhos-nos-tornam-maes-companheiros-nao-diz-thaiz-leao.html>

¹²<https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisasaber/noticia/2019/05/mae-solo-maternidade-nao-e-sobre-estado-civil-filhos-nos-tornam-maes-companheiros-nao-diz-thaiz-leao.html>

infertilidade, perfuração de útero, histerectomia, entre outros. O abortamento inseguro representa 9% de óbitos maternos na Rede Pública de Saúde, Domigues (2008). Neste sentido o ministro Marco Aurélio, ainda em julgamento do HC 124306 destaca o seguinte:

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

A subnotificação dos casos de aborto é uma realidade ampliada pela conduta criminal no Brasil, o que, na prática, representa a falta de menção se o aborto foi provocado ou natural, tanto nos casos de complicação que resultaram em internações, quanto nos casos de morte materna, levando a uma consequente violação aos direitos fundamentais das mulheres, incorrendo ainda no fato de que inúmeras políticas públicas deixam de ser planejadas e implementadas gratuitamente através do Sistema Único de Saúde (SUS) em razão de ausência de dados.

[...] a proibição do aborto para as mulheres de classe mais abastadas não significa mais do que um aumento no custo do procedimento cirúrgico que, por sua clandestinidade, tende a

se valorizar. Porém, a criminalização do aborto para a mulher pobre implica, de forma direta e clara, a negação do direito à saúde garantido no art. 6º da Constituição da República. Observa-se, sem rodeio, que a criminalização do aborto exibe seu perverso caráter classista, pois somente as mulheres pobres sentem seus efeitos. (Domingues Apud Karam, 2008, p. 85).

As consequências da criminalização do aborto são distribuídas de modo desigual, pois as pessoas com útero, negras e pobres são as que mais sofrem com a prevalência de abortos clandestinos e em condições insalubres (Emmerick, 2007). Assim, a falta de recursos financeiros e informações levam muitas dessas pessoas, a mais uma situação de vulnerabilidade. Portanto, o aparato de saúde oferecido pelo Estado, não contempla essa demanda social e tem como razão principal a existência desse destoante dispositivo legal.

A legalização do aborto está diretamente ligada ao respeito aos princípios constitucionais, intimamente, relacionados à liberdade, dignidade e pleno exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Não há que se falar em Estado Democrático de Direito, onde na própria Constituição expressamente diz que todo poder emana do povo, se há profunda limitação e discriminação a um gênero específico e que trata o aborto como ação de conduta criminal, quando na verdade deveria ser tratado como questão de saúde pública e direitos humanos.

Conclusão

Por certo, manter o dispositivo criminal tem contribuído muito mais para o aumento de mortes de pessoas que gestam e inúmeras complicações decorrentes da escolha, mesmo diante da proibição do Estado, do que para efetividade jurídica, posto que mesmo frente a muitos casos, poucos são os que tiveram o devido processo legal, como sugerem inúmeros estudos. Além disso, a legalização e regulamentação do aborto é uma questão de justiça social, pois, o que podemos observar é que gestantes negras e pobres são pessoas mais afetadas pelo dispositivo legal e conseqüentemente sujeitadas à métodos perigosos, ao contrário das que conseguem pagar por procedimentos em clínicas clandestinas. Dessa forma, entende-se que ao invés da norma incriminadora ser eficiente, do ponto de vista jurídico, evidencia-se como elemento que segrega e que impede a igualdade, a dignidade humana e o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais das pessoas com útero, sob a pretensa ideia de promover a proteção ao direito à vida elencado no Diploma Constitucional.

É extremamente importante que o debate e a reflexão em torno desse tema perpassem pela academia, tendo em vista que esse é um fenômeno social largamente vivido ao longo da história. O ambiente acadêmico deve ser entendido como um espaço inserido nessa realidade social e não como lugar “encastelado”. Portanto, é necessário debruçar-se sobre essa questão com a finalidade de entender e de oferecer perspectivas pautadas em ciência e conhecimento crítico.

É importante frisar, por fim, que o aborto é uma questão que deve sair da esfera moral/religiosa e adentrar a seara política, como prega o movimento feminista. Faz-se extremamente

necessário que o Estado desenvolva ações e políticas públicas como meio capaz de garantir acesso às pessoas que queiram submeter-se voluntariamente ao procedimento de aborto e que, nesses casos, sejam garantidos os meios necessários de forma gratuita, segura e universal. Assim, a legalização deve ser entendida como uma demanda de direitos reprodutivos e sexuais de quem gesta, bem como questão de saúde coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Especial 2**. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

CHARTIER, Roger. **Diferenças entre os sexos e a dominação simbólica** (nota crítica). *Cadernos Pagu* (4): pp. 37-47, 1995.

DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Scielo.br, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DINIZ, Débora. **“É preciso tirar o aborto do Código Penal”**. *Abril.com.br*, 2018. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/sua-vida/debora-diniz-e-preciso-tirar-o-aborto-do-codigo-penal>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Ciênc. saúde coletiva*

[online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em 03 de julho de 2021. 21

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. **Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Rio de Janeiro: Centro de Ciências Sociais, 2007.

GRINBERG, Keila. **A história nos porões dos arquivos judiciais**. IN: PINSKY, Carla B.; DE LUCA, Tania R. (Org.). *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009.

MAIA, Mônica Bara e SILVA, Fábio Augusto Rodrigues. **A polissemia do conceito vida**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008.

MAYORGA, Claudia e MAGALHÃES, Manuela de Sousa. **Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto?** Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008.

MACHADO, Angelo; HAERTEL, Lúcia Machado. **Neuroanatomia funcional**. São Paulo: Atheneu, 2014.

RAGO, Margareth. **Descobrimo historicamente o gênero**. Cadernos Pagu, n. 11, p. 89 – 98, São Paulo, 1998.

_____. **As mulheres na historiografia brasileira.** IN. SILVA, Zélia Lopes (Org.). *Cultura Histórica em Debate*. São Paulo: UNESP, 1995.

PRIORE, Mary Del. **Ao sul do Corpo: Condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil colônia.** 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

_____. **Histórias Íntimas: Sexualidade e erotismo na história do Brasil.** São Paulo: Editora Planeta, 2011.

SANTIAGO, Ricardo Cabral. **Saúde da mulher e aborto.** Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008.

Uruguai: **após a legalização, desistência de abortos sobe 30%** 2015. Disponível em www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacaodesistencia-de-abortos-sobe-30. Acesso em 16, mai, 2018.

EMPREENDEDORES DE SI: A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DOS TOMADORES DE SERVIÇOS EM FACE DOS TRABALHADORES UBERIZADOS

Rodrigo Crispim Marques

Introdução

A tecnologia cada vez mais presente nos mais variados momentos da vida do ser humano, proporciona um amplo debate sobre as implicações de seus avanços na vida moderna. No auge da pandemia de Covid-19, enquanto milhares de pessoas viam-se reclusas, atendendo às normativas sanitárias, outras milhares ganharam as ruas para prover algum sustento. Motoboys e motoristas de aplicativo representam a materialização da economia de plataforma, ou seja, dos novos arranjos sociais e econômicos pelos quais o mundo passa. Além do risco sanitário vivenciado à época pandêmica, os riscos intrínsecos à profissão devem ser levados em conta nessa balança desproporcional a qual estão submetidos.

Olhar para esses trabalhadores e perceber onde estão inseridos no campo legislativo e sobre qual nível de proteção estão protegidos se faz necessário, logo, este trabalho objetiva analisar as responsabilidades jurídicas dos aplicativos/tomadores de serviços em face dos trabalhadores uberizados, sobre como as brechas legislativas permitiram o avanço de uma relação precarizada e como a jurisprudência busca valer-se dos variados diplomas para conferir algum grau de proteção e responsabilização às empresas.

Para tanto, foi adotado a metodologia de revisão bibliográfica e documental, utilizando textos científicos que

tratam do assunto, bem como pesquisa jurisprudencial que demonstra como os tribunais têm se posicionado, além de notícias veiculadas em mídias digitais.

Em entrevista concedida para o programa *Conversa com Bial*, da TV Globo, em maio de 2017, quando indagada acerca do tamanho que deveria ter o Estado Brasileiro, a ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, assim responde:

O tamanho do Estado, primeiro, é do tamanho do Brasil, porque falam assim: 'não pode [...] tem que ter o estado mínimo.' O estado mínimo brasileiro já é mínimo para quem precisa de saúde, chega no posto lá e não tem nem um, um [...] esparadrapo. Ele é mínimo. Agora, ele é estado máximo, ele é um estado grande pra quem se vale dessas benesses, desses privilégios, de tudo isso que acontece. Então, o estado tem que ser o tamanho do seu povo com as diferenças de um povo plural, porque no Brasil, Pedro é preciso que a gente entenda que nós vivemos várias humanidades. Nós não somos alguns estados que tem todo mundo no mesmo século XXI e no ano de 2017. Nós temos no Brasil, aqui em São Paulo pessoas que vão trabalhar de helicóptero e temos pessoas no Brasil que viajam 2 dias até Altamira para tomar um ônibus para ir para a próxima cidade pra fazer um exame médico. Isso tudo é Brasil.

A fala da ministra contrasta com a ideia pregada pelo discurso neoliberalista, onde o estado deve ser mínimo e com a mínima intervenção na economia e na vida das pessoas. O rompante neoliberalismo como forma predominante de como o capitalismo se organiza, põe em pauta várias realidades que afetam o modo de viver de um povo, bastando notar que, ao concretizar a premissa básica do neoliberalismo -autorregulação do mercado-, o sistema capitalista consegue acentuar ainda mais as desigualdades socioeconômicas brasileiras.

As transformações pelas quais o mundo moderno passou nas últimas décadas, ocasionadas pelos avanços tecnológicos, pela forma de pensar e, por conseguinte, pelas transformações na economia, provocaram impactos no modo de viver do homem. Contudo, apesar das aparentes benesses que esses avanços concretizaram, não foi possível fazer com que todos os seres pudessem ter acesso aos mesmos benefícios e conseguissem acompanhar no mesmo ritmo as inovações vividas.

Por óbvio, o sistema de trabalho não ficaria inerte, uma vez que está inserido no contexto econômico-social impactado pelas ideias neoliberais, dando azo a novas relações de trabalho decorrentes das sucessivas flexibilizações legislativas. O movimento de desregulamentação das normas trabalhistas exsurge *pari passu* à introdução de conceitos neoliberais na economia, precarizando as formas de trabalho, contudo, dele não podendo se desfazer. Diz Antunes:

É preciso que se diga de forma clara: desregulamentação, flexibilização, terceirização, bem como todo esse receituário que se esparrama pelo “mundo empresarial”,

são expressões de uma lógica societal onde o capital vale e a força humana de trabalho só conta enquanto parcela imprescindível para a reprodução deste mesmo capital. [...] Pode precarizá-lo e desempregar parcelas imensas, mas não pode extinguí-lo. (Antunes, 2000, p. 38).

Fica claro, portanto, que embora ainda necessite da força de trabalho dos seres humanos, o sistema capitalista introduz a precarização do trabalho como contrapeso dessa necessidade. E, ainda que a legislação disponha de mecanismos de combate a essas formas disruptivas, estes não são páreos para deter a avalanche desestrutural do trabalho. Essa mudança é provocada pelas emergentes formas de alteração no processo produtivo de capital e, conseqüentemente, no processo de trabalho (Antunes, 2000).

A introdução de mecanismos avançados na linha de produção das fábricas facilitou processos que, antes demandavam tempo e esforço. A produção foi fortemente impactada, sofrendo um salto exponencial na quantidade de insumos produzidos, permitindo que utilizassem menos mão de obra como antes. Antunes afirma que vive-se um processo de destruição das forças produtivas, da natureza e do meio ambiente, como também, a destruição da força humana de trabalho, encontrando-se hoje em condição melindrosa.

Soma-se a esse constante movimento de precarização do processo de trabalho o desmonte da legislação trabalhista. A reforma trabalhista de 2017, Lei 13.467/17, flexibilizou um rol de direitos, além de permitir que o processo de deterioração do

trabalho avançasse. Conforme Passos e Lupitani (2020), a reforma trabalhista foi gestada sob o ideário de redução da taxa de desemprego, flexibilização da relação empregador e empregado e no combate ao trabalho informal. Afirmam os autores (Passos e Lupitani, 2020, p. 133):

Pouco mais de um ano de vigência da “reforma” trabalhista, não houve redução significativa na taxa de desocupação e, ainda, contrário ao defendido no momento da “reforma”, houve um aumento do emprego com relações de trabalho informais no país. Desse modo, ao que se percebe, a **nova legislação contribuiu tão somente para a precarização das relações de trabalho e a supressão dos direitos sociais, não atingindo os resultados anunciados.** (grifo nosso).

Um traço dessa nova forma de relação de trabalho abrangida pela supressão de direitos trazida pela Lei nº 13.467/2017 foi a regulamentação do trabalho intermitente. Concebida com o intuito de fornecer direitos mínimos aos trabalhadores que se encontravam em situação informal, a legislação trabalhista flexibilizou vários pressupostos da relação de emprego para tirar esses trabalhadores da informalidade.

Entre suas particularidades, o contrato deverá ser anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do trabalhador e, além disso, no ato da contratação o valor da hora de trabalho deverá ser pactuado e este não poderá ser menor que o valor da hora no salário mínimo vigente ou, em caso de

pactuação diferenciada, não poderá ser menor que o recebido pelos demais empregados que desempenham as mesmas funções, seja contratado sob a forma intermitente ou não.

Ainda, a flexibilização de horários para a execução do trabalho, bem como, poderá o trabalhador escusar-se ao chamado do empregador. Esse chamado deverá acontecer com antecedência de três dias, devendo possibilitar ao trabalhador um período de preparo. Contudo, muito se critica essa modalidade, já que não há continuidade e, com isso, não há previsão de quando será chamado, acarretando na insegurança acerca do salário a receber no final do mês.

Diz Kaled (2019, p. 43)

E pior, no caso de laborar para diversos empregadores, o que poderá e deverá ocorrer para que possa garantir sua subsistência, se for acometido de doença profissional, será grande a dificuldade em permear os contratos vigentes e delimitar o suposto nexo de causalidade existente entre a doença e trabalho executado.

Resta claro, portanto, que ao optar pela contratação em tal modalidade, o empregador vê-se livre de vários encargos trabalhistas, dentre os quais só precisará pagar pelo trabalho conforme a necessidade. Porém, o outro lado da moeda revela uma realidade mais dura e laboriosa, já que para conseguir o salário mínimo, muitas vezes o trabalhador precisa manter ativo vários contratos intermitentes e com isso, conforme explanado pela autora supracitada, em caso de acidente de trabalho,

encontrar-se-á um imbróglio para demonstrar o nexo de causalidade existente entre a moléstia e o trabalho.

Outro ponto que merece atenção é que, por ser um contrato de tempo indeterminado, o trabalhador poderá manter vinculado com um empregador por anos e, conforme preceitua a legislação, a cada doze meses de trabalho, o trabalhador adquire o direito do gozo a férias, não podendo ser chamado para prestar trabalho pelo mesmo empregador. Todavia, diante de outros contratos ativos, o trabalhador poderá encontrar dificuldades para gozar de tal direito, uma vez que outro empregador poderá chamá-lo a qualquer momento, impedindo o período de descanso.

Desvela-se um viés de forma de trabalho precarizado que foi positivado pelo Estado, atendendo às demandas neoliberais, significando a abertura legislativa para um processo de dizimação da força de trabalho, contribuindo para o discurso de menor intervenção e livre regulamentação do mercado. Agora, os trabalhadores poderão submeter-se a formas arbitrárias de trabalho, podendo ser remunerados de qualquer forma e exercer o trabalho por longas jornadas, uma vez que a regulamentação do trabalho intermitente representa o desmonte da segurança jurídica dada ao trabalho, abrindo brecha para outras formas precarizadas de trabalho. De fato, o contrato de trabalho intermitente muito aproxima-se com o trabalho por aplicativo, foco deste trabalho, dada as similaridades entre as formas.

O trabalho por aplicativo é resultado da digitalização do trabalho, sistemática que promove a flexibilidade na execução do trabalho, integrando ao conceito de economia de plataforma. Kenney e Zysman (2016, apud Valente, 2020, p. 74), dizem:

Kenney e Zysman (2016) discutem diversos conceitos e manifestam a preferência por “economia de plataforma” (platform economy), “um termo mais neutro que abrange um número crescente de atividades viabilizadas digitalmente em negócios, política e interação social”⁷ (p. 62). Os autores favorecem o termo sobre outros mais específicos, como “economia do compartilhamento” (sharing economy) ou “economia dos bicos” (gig economy), mais focados na mudança nas relações de trabalho (embora elenquem este tema como importante).

Ao inserir-se no meio digital, criando uma ponte entre consumidores e prestadores de serviços e vendedores de produtos, as plataformas redimensionam a forma com que a roda da economia gira e, conseqüentemente, as relações de trabalho. O trabalho por aplicativo surge nessa seara de disponibilização de tempo e força de trabalho para que as plataformas consigam se consagrar como modelo de uma economia digital.

Desse modo, a tecnologia dita as novas formas de organização, produção e controle da força de trabalho. Assim dizem Amorim e Moda (2021, p.107)

Nestes termos, os entregadores e motoristas que prestam serviços para empresas como a Uber, a iFood, a Loggi e a Rappi fazem parte do que chamamos “trabalhadores por aplicativo”, sendo esta nomenclatura

decorrente do fato do aplicativo instalado no aparelho celular dos trabalhadores ser o principal meio de produção utilizado para gerenciar, organizar e controlar os processos de trabalho desempenhados.

Conectando restaurantes a consumidores, passageiros a motoristas, as plataformas digitais utilizam a força de um trabalhador autônomo para a concretização de sua finalidade. Todavia, conforme preceituam Amorim e Moda (2021), as empresas digitais estão cadastradas no setor de tecnologia, responsabilizando-se apenas pela manutenção da plataforma, portanto, escusando-se da responsabilidade para com milhares de trabalhadores.

Para integrar ao time de trabalho ofertado pelas empresas, as plataformas exigem, basicamente, o aparelho celular e que um meio de transporte para atender aos chamados, sendo contratado sob o viés cível, por meio de um contrato de adesão à plataforma, propalando a falaciosa liberdade de escolher o horário de trabalho. Contudo, a forma de gerenciamento do trabalho hierarquiza o processo de produção, colocando os trabalhadores em subordinação à plataforma. Além disso, são as plataformas que gerenciam a demanda de clientes, determinam como se dará a execução do trabalho, o valor a ser percebido, que controla a execução e que determina as gratificações e as punições (Amorim e Moda, 2021). Assim, ao vender a ideia de empreendedores de si, estabelecendo que trabalharão por conta própria e farão o salário que receberão, as empresas, ao mesmo tempo, tolgem a liberdade e a força de trabalho do trabalhador.

As empresas aproveitam da falta de uma legislação que albergue a situação desses trabalhadores, uma vez que não os veem como empregados seus, mas apenas trabalhadores autônomos que agem por conta própria, cabendo à plataforma a mera conexão entre consumidores e o produto final, onde a relação é exposta na vitrine da tela do aplicativo. Embora a outra face demonstre o controle exercido por essas empresas, da rota ao tempo de execução, bem como quanto cada trabalho será remunerado. Afirram Amorim e Moda (2021, p.109):

A forma de remuneração existente é outro elemento central para a organização do trabalho por aplicativo. O salário dos trabalhadores por aplicativo é composto apenas por uma parte variável, tendo por base um percentual recebido por eles pela realização de cada tarefa. Esta forma de remuneração faz com que todos os intervalos de tempo (o descanso, a alimentação, a espera por uma nova chamada, o lazer, por exemplo) sejam vistos como perda de possíveis rendimentos, promovendo assim trabalhadores que estão sempre à disposição para o trabalho, bastando apenas um toque em seus aparelhos telefônicos para que comecem a exercer suas atividades.

Destarte, por driblar as normas trabalhistas e a jurisprudência dos tribunais, essa modalidade de trabalho acarreta em várias consequências negativas para o trabalhador, uma vez que trata-se de um trabalho precário, exigindo, dessa

maneira, um rol de garantias mínimas por parte da legislação, já que na falta dela, o obreiro opera com insegurança, assumindo todos os desafios de sua atividade. Eis a uberização.

A Uber, empresa de transporte de aplicativo, por ser uma referência desse novo modelo de gerenciamento das relações de trabalho e de consumo, sendo expoente da economia de plataforma, representa a maximização desse novo modelo. Oliveira (2021) diz que, embora o termo “uberização” remeta diretamente à Uber, a ela não se restringe, sendo usado para representar essa tendência global que atinge setores com as mais diferentes qualificações e rendimentos, materializando processos associados à ideia neoliberal do mundo.

Para a compreensão deste novo modelo de economia, basta compreendermos que, segundo Abílio (2019), a Uber conta com mais de três milhões de motoristas cadastrados em todo o mundo e, apesar desse grandioso contingente, nenhum desses trabalham diretamente para a Uber, uma vez que esta intitula-se como sendo uma empresa de tecnologia, escusando-se da responsabilidade com esses milhares de motoristas.

Esse processo é resultado de constantes flexibilizações nas legislações trabalhistas mundo afora e, por consequência, atendendo às novas demandas capitalistas de um trabalho precarizado. Assim, há uma dispersão do trabalho, mas sem perder o controle de cada etapa de sua execução, materializando a ideia de empreendedorismo, uma vez que não há relação de trabalho com a plataforma, mas é a ela subordinado.

Diz Abílio (2019, p. 2):

Nessa condição de quem adere e não é mais contratado, o trabalhador uberizado encontra-

se inteiramente desprovido de garantias, direitos ou segurança associados ao trabalho, arca com os riscos e custos de sua atividade; está disponível ao trabalho e é recrutado e remunerado sob novas lógicas. Assim, a uberização conta com um gerenciamento de si que, entretanto, é subordinado e controlado por novos meios, que hoje operam pela automação em dimensões gigantescas de extração e processamento de dados; estão em jogo novas formas de gerenciamento, controle e vigilância do trabalho, por meio das programações algorítmicas.

Nessa senda, o novo modelo de trabalho permite que o trabalhador diga quando irá trabalhar e quanto tempo passará disponível, porém, não tem o controle sobre o resto das implicações de seu trabalho. Ou seja, ao realizar uma corrida ou uma entrega, é o algoritmo da plataforma a qual está vinculado que dirá quanto o trabalhador receberá pela execução do trabalho. Além disso, agrega-se o fato de que não há rendimento pelo tempo em que está disponível a espera de um chamado, as horas ociosas não trazem segurança alguma ao obreiro. Portanto, segundo Woodcock (2020), há uma atualização da problematização de Jeremy Bentham, a vivência do “panóptico do algoritmo”.

O termo cunhado por Jamie Woodcock traduz o cerne da relação uberizada. A lógica do panóptico de Bentham e todo o seu mecanismo de controle e admoestamento é transportada para a ideia de panóptico do algoritmo, que conta com mecanismos semelhantes para que haja o controle ideal de seus usuários. O

falseamento de uma relação sem chefe ou supervisor que dite o que deve ser feito, como e quanto tempo deverá levar, cria a sensação de autonomia por parte do trabalhador, entretanto, o controle imposto pelo mecanismo algorítmico permite o acompanhamento minucioso de milhares de trabalhadores, estimando o tempo e a precificação do trabalho.

Com essa macroestrutura de precarização, as empresas empurram para a informalidade um grande número de trabalhadores, sem nenhuma garantia e fazendo-os assumir os riscos que o trabalho executado implica. Com isso, empurram uma grande massa de trabalhadores a aceitarem condições insalubres para que continuem a ter algum percentual de renda, muito embora nunca esteja claro de como será remunerado.

Na época do surgimento dessa nova forma de trabalho, a promessa de dinheiro fácil alcançou uma gama de trabalhadores que se entregaram à busca de lucro rápido, contudo, com o passar dos anos e com o advento da pandemia da Covid-19 que elevou as taxas de desemprego no Brasil. Segundo dados de 2021 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desemprego chegou ao patamar de 14,9%, cerca de 15,2 milhões de desempregados, onde a informalidade chegou a taxa de 40,6%. Nessa toada, as plataformas encontraram um cenário propício para a conquista de mão de obra, fazendo reduzir o ganho dos trabalhadores, elevando o tempo em que permanecem disponíveis para conseguirem algum percentual de ganho. Trecho da reportagem publicada no site Uol, em junho de 2020, traduz essa ideia:

Com a demanda em alta, as principais empresas do setor -iFood, Rappi, Uber Eats e

Loggi- ampliaram a quantidade de entregadores nas ruas, acirrando a “disputa” por corridas. Por isso, além de começar o dia mais cedo para enfrentar a concorrência em Brasília, Calado agora trabalha mais para ganhar o mesmo que recebia há alguns meses. Antes da pandemia, a sua meta diária de 200 reais era viável. Hoje, está difícil chegar a 100 reais, conta.

Observa-se uma proporção que é enfrentada pelos trabalhadores: quanto mais entregadores/motoristas nas ruas, menor a quantia a receber ao fim do dia. Conforme preceitua Abílio (2019), as novas formas de organização trazidas pelas empresas de aplicativo denotam uma nova configuração da profissão de motoboys e taxistas, do perfil profissional e de sua forma de ser remunerado. Há um crescente processo de informalização. Os trabalhadores se veem desprotegidos pela lei, saem às ruas sem a garantia do mínimo.

Outra característica sistemática da uberização, é o poder que as plataformas atribuem ao consumidor com o papel de certificador da qualidade do profissional. Ou seja, o consumidor e seu poder de avaliação ao final da corrida ou entrega interferem na continuidade ou não do obreiro à plataforma. Assim, por não poderem demitir, uma vez que não contratam, as empresas utilizam de outros artifícios para que possa descartar qualquer profissional que não se adeque aos princípios da plataforma. Diz Abílio (2019, p.3): “No site da Uber, por exemplo, explica-se que o trabalhador poderá ser desativado se tiver uma taxa de aceitação de corridas menor do que a taxa de referência da cidade, ou seja, negar corridas pode acarretar seu desligamento.”

Além disso, o papel de avaliador e certificador exercido pelo consumidor alimenta o controle e o gerenciamento das plataformas. O ranqueamento dos profissionais afeta a forma de como o trabalho será distribuído e em como o trabalhador será remunerado, além de submeter o obreiro a um padrão de qualidade sem que tenha o prévio conhecimento dos reais termos para uma boa avaliação. Dessa forma, quanto maior a avaliação, mais é vendida a ideia de que o sucesso profissional depende apenas do trabalhador, consolidando a narrativa do empreendedorismo da sua força de trabalho, em detrimento de uma relação de trabalho solidificada pelas normas trabalhistas.

Portanto, o obreiro vê-se numa trama que se apossa de sua mão de obra e de sua capacidade de escolha, devendo submeter-se aos comandos algorítmicos para que consiga permanecer auferindo alguma renda. Soma-se a isso o instituto da gamificação, termo decorrente do inglês “game” -jogo, em tradução livre- que, segundo Abílio (2019) é o nome dado ao estímulo de práticas de produção e gestão de metas, onde o cumprimento dessas metas gera prêmios ao trabalhador. Esse incentivo para alcançar metas demonstra uma falta de cuidado da plataforma com os riscos que a profissão por si já envolve.

Embora a Lei nº 12.436 de 2011, em seu art. 1º disponha que é vedado oferecer prêmios por cumprimento de metas aos motociclistas, na prática o que se tem é o incentivo do emprego de velocidade para que os motoboys consigam uma bonificação ao concluir o desafio. Entretanto, a produtividade estimulada por meio de regras, na realidade, mostra-se um objetivo improvável de ser alcançado.

Em um estudo promovido por Abílio entre os anos de 2014 a 2019, demonstra a evolução do processo de uberização. Ao

trazer à tona a temática da gamificação, utiliza a experiência de um entrevistado, que diz: “Se o tempo estiver chuvoso, igual hoje de manhã, eles mandam mensagem 9 horas: das 10h até as 13h, fazendo 8 pedidos delivery você ganha mais R\$50. Se você não fizer, você não ganha o bônus’(Mauro).” (Abílio, 2019, p.7).

Resta claro, portanto, o incentivo dado pelas plataformas para que os trabalhadores atinjam metas. Contudo, a falta de clareza acerca da distribuição das demandas é um fator que impede a bonificação do trabalhador. Abílio (2019) afirma que essa incerteza faz parte da estratégia da empresa em fazer com que o trabalhador continue trabalhando por mais tempo. Mauro, entrevistado por Abílio, afirma: “Eu, você e outro motoboy estamos trabalhando lá, são oito pedidos para conseguir o bônus. Eu e você fizemos sete, o outro motoboy fez quatro. Para quem eles vão jogar a entrega? Para o outro motoboy’ (Mauro)” (Abílio, 2019, p, 7).

Revela-se mais um viés vil das plataformas ao incentivar o emprego de maiores velocidades para que o trabalhador atinja uma meta, por vezes, inalcançável, demonstrando ser um artifício para fazer com que o trabalhador continue trabalhando para além do previsto, corroborando para o fato de que a ideia do empreendedorismo cai por terra.

Ao incentivar o emprego de altas velocidades para que se atinja metas impostas pelo aplicativo e, com isso, prender o trabalhador por um tempo ainda maior, pondo em xeque a saúde do obreiro, a responsabilização do aplicativo em face desse trabalhador merece atenção dos juristas. Segundo Stolze e Filho (2022), toda ação do homem invade ou, ao menos, tangencia o campo da responsabilidade. Dessa forma, a responsabilidade está

ligada ao dever jurídico em função da ocorrência de um fato jurídico.

Observar a responsabilidade de algo ou alguém, atualmente, perpassa pela teoria do risco. O sociólogo alemão Ulrich Beck cunhou o termo sociedade de risco, apontando sobre como a sociedade moderna se organiza diante da atividade de risco. A modernização das relações, bem como o avanço tecnológico põe o ser humano em constante contato com o risco. De acordo com Macedo (2015), Beck ao conceber o termo afirma que a sociedade passa por uma ruptura histórica, tal qual ocorreu na passagem do sistema feudal para o industrial. Contudo, a passagem atual significa não o fim da modernidade, mas a sua reconfiguração. O risco, segundo o autor, seria fruto da atividade humana, sendo distribuído para todas as classes sociais, ou seja, ninguém estaria imune. Surge a teoria do risco, consagrando a responsabilização independentemente de dolo ou culpa, de quem promove a atividade de risco.

A legislação brasileira muito bebeu da fonte da teoria do risco ao positivar diplomas que reconhecem a responsabilização objetiva, tais como: Decreto nº 2.681/1912 (responsabilização das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), Leis nº 5.316/1967 e 8.213/1991 e o Decreto nº 61.784/1967 (legislação sobre acidente de trabalho), Leis nº 6.194/1974 e 8.441/1992 (seguro obrigatório de acidentes de veículos- DPVAT) (Stolze e Filho, 2022). Além desses diplomas, o Código Civil, em seu artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação

de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, **ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem** (grifo nosso).

A doutrina debruça-se sobre o polêmico artigo pela não delimitação do que estaria albergado como sendo atividade de risco, delegando ao crivo do Judiciário a sua aplicação ao caso concreto e, dessa forma, reconhecendo o que seria atividade de risco. Para Stolze e Filho (2022), ao empregar o advérbio “normalmente” contido no parágrafo único, o legislador faz menção a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com regularidade atividade potencialmente nociva ou danosa ao direito de outrem.

Salienta-se que, a norma civilista no tocante às relações de trabalho vai de encontro ao preceituado no art. 7º, inciso XXVII da Carta Magna, uma vez que este consagra a hipótese de responsabilização subjetiva. Cronologicamente, ressalta-se que a consagração da responsabilização objetiva é posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, contudo, a doutrina não encontra maiores impedimentos para a aplicação da norma cível aos contratos trabalhistas.

Rodrigues (2021) afirma que o postulado na Constituição Federal garante direitos mínimos ao trabalhador, sem vedar que normativas posteriores melhorem a condição do trabalhador, dessa forma, a responsabilização subjetiva é uma garantia mínima constitucional, não impedindo a responsabilização consagrada no art. 927 do Código Civil, já que este é mais

benéfico ao trabalhador. Outro ponto que demonstra a aplicação da norma cível é o grau de proteção que o legislador quis dar à sociedade das atividades que possuem um risco elevado, não importando se há ou não vínculo entre o causador do dano e o lesado.

Junta-se a isso o Enunciado nº 377 da IV Jornada de Direito Civil que diz: “O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.” Portanto, os artigos em comento se coadunam para ofertar um grau maior de proteção aos trabalhadores. No que tange aos trabalhadores uberizados, mais especificamente aos entregadores, fica reconhecida a periculosidade da atividade, fazendo jus à aplicação da regra contida no art. 927 do Código Civil.

Demonstrado a plena aplicabilidade da norma civilista nas relações de trabalho, cabe salientar que a Constituição Federal, ao proteger o trabalhador e lhe ofertar algumas garantias trazidas no art. 7º e no seu rol de incisos, o legislador visa garantir direitos a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, não restringindo-se apenas aos empregados celetistas, abarcando indistintamente todos os trabalhadores, não sendo relevante, portanto, a relação laboral a qual estão inseridos. Essa interpretação extensiva do disposto na Carta Magna tem servido para, conforme a jurisprudência trabalhista, a responsabilização do tomador de serviços nas relações uberizadas.

Considerada uma atividade de risco, conforme o art. 193, §4º da CLT, a atividade desempenhada em motocicleta faz jus ao recebimento de adicional de periculosidade. Dessa forma, a própria lei reconhece o risco advindo da vulnerabilidade do

trabalho de motoboys, portanto, a aplicabilidade da responsabilização objetiva do tomador de serviço é concretizar um direito mínimo a estes trabalhadores tão vulneráveis perante a legislação.

Desse modo, diante da aplicabilidade da norma civilista e o reconhecimento da atividade exercida em motocicleta e, ao entender que o art. 7º da CF aduz uma proteção mínima para o trabalhador, sem impedimentos para a aplicabilidade de normas que melhor ampara o trabalhador, a jurisprudência tem reconhecido a responsabilização do tomador de serviço, vejamos:

AGRAVO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. ACIDENTE DE TRABALHO. MOTOBOY. COLISÃO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. SÚMULA 296 DO TST. A viabilidade do recurso de embargos se dá mediante invocação de divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte e entre estas e a SBDI-1 do TST ou contrárias a súmula do TST ou a orientação jurisprudencial desta Subseção ou a súmula vinculante do STF, nos limites do artigo 894, II, da CLT. O processamento do recurso amparado em divergência jurisprudencial há de partir de aresto que atenda os termos da Súmula 296, I, do TST. A egrégia Primeira

Turma não conheceu do recurso de revista da reclamada e **manteve o acórdão regional quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos decorrentes do acidente de trabalho, com fundamento na responsabilidade objetiva do empregador, considerando o risco inerente à atividade profissional de motoboy.** O único aresto colacionado não guarda identidade fática com a hipótese dos autos. O modelo se refere a caso em que registrado o rompimento do nexo de causalidade entre a doença desenvolvida pelo autor e a atividade laboral exercida na empresa reclamada em razão da culpa exclusiva da vítima, hipótese não consignada na Turma. Decisão agravada mantida. Agravo conhecido e desprovido" (Ag-E-RR-6573-35.2011.5.12.0026, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 16/10/2020, grifo nosso).

Portanto, de acordo com a teoria do risco profissional, teoria aplicada pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgado em destaque, o dever de indenizar surge sempre que um fato prejudicial ao empregado é decorrente da atividade exercida. Cabe mencionar ainda que, conforme preceitua o art. 2º da CLT, o empregador é que suporta os riscos da atividade econômica exercida, dessa maneira, corrobora o entendimento jurisprudencial de que, apesar da falta de uma legislação própria,

os trabalhadores uberizados são abrangidos pela legislação trabalhista.

A leitura do julgado acima afirma o exposto no decorrer deste trabalho, no que diz respeito ao reconhecimento da aplicabilidade da proteção constitucional para além dos empregados, ou seja, não é imprescindível o vínculo empregatício para estar protegido pela norma disposta no art. 7º da CF. Também resta claro que a responsabilização objetiva é possível dentro do direito do trabalho, desde que comprovado a atividade de risco e a objetivação de ganho econômico. Dessa forma, é aplicável a responsabilização do tomador de serviço em caso de acidentes de trabalho.

Além disso, a Justiça do Trabalho tem se deparado constantemente com o questionamento do enquadramento do trabalho uberizado nas demais relações de trabalho. Embora não seja um tema pacificado, há várias decisões reconhecendo o vínculo de emprego entre motorista/entregador com o aplicativo a qual está vinculado. Não obstante haver questionamentos acerca da presença dos requisitos característicos da relação de emprego, os tribunais têm dado primazia ao fato em detrimento da forma. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. UBER. MOTORISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA. EXISTÊNCIA. **O contrato de trabalho pode estar presente mesmo quando as partes dele não tratarem ou quando aparentar cuidar-se de outra modalidade contratual. O que importa, para o ordenamento jurídico**

constitucional trabalhista, é o fato e não a forma com que o revestem - princípio da primazia da realidade sobre a forma. No caso da subordinação jurídica, é certo se tratar do coração do contrato de trabalho, elemento fático sem o qual o vínculo de emprego não sobrevive, trazendo consigo acompanhar a construção e evolução da sociedade. A Lei, acompanhando a evolução tecnológica, expandiu o conceito de subordinação clássica ao dispor que "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" (parágrafo único do artigo 6º da CLT). No caso em análise, resta claro nos autos que o que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neo-fordista. Dessa maneira, observadas as peculiaridades do caso em análise, evidenciando que a prestação de serviços se operou com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego. (ROT 0100456-40.2020.5.01.0054, 7ª Turma, Relatora

Desembargadora Carina Rodrigues Bicalho,
DEJT 11/05/2022), (grifo nosso).

No entanto, recentemente o Supremo Tribunal Federal tem derrubado decisões como a citada, reconhecendo que não há vínculo de emprego entre trabalhadores e aplicativo, sob o argumento que a Constituição Federal permite formas variadas de trabalho para além da constante na CLT. No RE nº 958.252 (Tema 725 RG), o STF fixou a tese no sentido de admitir a contratação sob o viés cível, diverso do disposto no art. 3º da CLT. Esse entendimento serve de baliza para decisões que derrubem o reconhecimento de emprego pelos TRTs e o TST.

Em decisão recente na Reclamação 60347, a 1ª Turma do STF cassou o acórdão do TRT de Minas Gerais que reconhecia o vínculo de emprego entre o motorista e o aplicativo Cabify. Em relatoria do Ministro Alexandre de Moraes há, por parte dos tribunais trabalhistas, uma resistência em seguir a jurisprudência do STF em não reconhecer o vínculo. Diz o Ministro:

A presente reclamação vem calcada em desobediência, pela Corte Trabalhista, do precedente vinculante do julgamento da ADPF n. 324 e no RE n. 958.252 (Tema 725 de Repercussão Geral), no qual este Ex. STF fixou tese no sentido de admitir outras formas de contratações civis, diversas da relação de emprego estabelecida pelo art. 3º, da CLT. (RCL 60347, 1ª Turma, Min. Alexandre de Moraes, STF, 26/07/2023).

Aguarda-se, portanto, uma decisão pacificada pelos tribunais acerca do tema. Todavia, espera-se uma resposta que proteja esses trabalhadores das abusividades das plataformas e que, seja reconhecida a plena responsabilidade das empresas em relação aos motoboys e motoristas. Embora haja o entendimento de que não se trata de uma relação de emprego, por parte do STF, mas fornecer algumas garantias mínimas e barrar as práticas abusivas dos aplicativos é uma maneira de olhar para esses obreiros e fazer-lhes sentir pertencentes e albergados a um sistema jurídico justo.

Conclusão

As constantes brechas legislativas serviram para o fomento das práticas narradas ao longo deste trabalho, minguando a força de trabalho dos trabalhadores e sustentando um sistema de arbitrariedades conduzidas pelas ideias do neoliberalismo, maximizando o lucro e elevando os custos para os trabalhadores, abusando do poderio econômico vestido de empreendedorismo. Os desafios perpetrados pelos aplicativos, somaram-se aos riscos inerentes das ruas e ao vírus da Covid-19, colocando esses trabalhadores em situação de vulnerabilidade social, como também em um limbo jurídico, desprovidos de quaisquer mecanismos assecuratórios.

Logo, surge um cenário que precisa ser enfrentado, demandando ações por parte do Poder Legislativo e Judiciário para que esses trabalhadores se vejam minimamente garantidos.

A responsabilização objetiva em caso de acidentes já é um modo de concretizar a justiça social, dirimindo as desigualdades

impostas pelo sistema, emergindo como um contraponto dessa somatização de ultrajes da legislação pátria realizado pelas empresas. Entretanto, outros pontos merecem atenção, como a fiscalização dos artifícios que induzam ao emprego de altas velocidades, uma remuneração mais digna e condizente com a realidade do trabalho, a clareza das cláusulas do contrato de adesão.

Assim, preconizar-se-ia o caráter master do Direito do Trabalho de promoção de segurança aos trabalhadores, fazendo concretizar a ideia de um estado onde todos os cidadãos sintam-se como parte dele, perfazendo a fala da Ministra ao dizer que o tamanho do estado deve ser o tamanho do seu povo, abraçando todas as realidades de existência e resistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Psicoperspectivas: individuo y sociedad**, Chile, v.18, n.3, p. 1-11, nov. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242019000300041&script=sci_arttext. Acesso em: 09/12/2023.

AMORIM, Henrique. MODA, Felipe. Trabalho por Aplicativo: Uma síntese da intensificação do trabalho, da informalidade e da resistência política no contexto da Pandemia de Covid-19. **Revista Trabalho, Política e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 105-124, jan/jun. 2021. DOI: <https://doi.org/10.29404/rtps-v6i10.834>.

Disponível em:
<http://costalima.ufrrj.br/index.php/RTPS/article/view/834>. Acesso em: 09/12/2023.

ANTUNES, Ricardo. **Trabalho e precarização numa ordem neoliberal**. In: Gentili P, Frigotto G, organizadores. *A cidadania negada: políticas de exclusão na educação e no trabalho*. 2ª ed. São Paulo, Buenos Aires: Editora Cortez, CLACSO; 2001. p. 35-48. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://core.ac.uk/download/35174327.pdf>. Acesso em: 09/12/2023.

BONIS, Gabriel. Pandemia precariza ainda mais o trabalho de entregadores de aplicativo. **Uol**, 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/10/pandemia-preciza-ainda-mais-o-trabalho-de-entregadores-de-aplicativos.htm>. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 12436, de 6 de julho de 2011**. Veda o emprego de práticas que estimulem o aumento de velocidade por motociclistas profissionais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12436.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.436%2C%20DE%206,Art. Acesso em: 10/12/2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 377, IV Jornada de Direito Civil - 2006.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/512>. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo em Embargos em Recurso de Revista nº 6573-35.2011.5.12.0026.** Relator: Ministro Breno Medeiros, Brasília, 08 de out. de 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Diario_3081__16_10_2020.pdf. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 958.252.** Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 13 de set. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>. Acesso em: 10/12/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RCL 60347.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 26 de jul. de 2023. Disponível em: <chrome->

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359676722&text=.pdf. Acesso em: 10/12/2023.

KALÉD, Gabriela S. P. B. Contrato de trabalho intermitente. **Percorso - Anais do VIII Conbradec**, Curitiba, v. 01, n. 28, p. 39-55, jan/mar. 2019. DOI: 10.6084/m9.figshare.8340944. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3418>. Acesso em: 09/12/2023.

MACEDO, Roberto F. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/artigos/160037557/sociedade-de-risco-rumo-a-uma-outra-modernidade>. Acesso em: 10/12/2023.

NETTO, Paulo Roberto. STF derruba vínculo de motorista de app e dá recado à Justiça do Trabalho. **Uol**, 2023. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2023/12/05/stf-vinculo-motorista-app-recado-justica-trabalho.htm>. Acesso em: 10/12/2023.

OLIVEIRA, Renata Couto. Gamificação e trabalho uberizado nas empresas aplicativo. **Revista Pensata**, São Paulo, v. 61, n. 4, p. 1-10, jul/ago 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-759020210407>. Acesso em: 09/12/2023.

PASSOS, S. S. LUPITANI, M. A contrarreforma trabalhista e a precarização das relações de trabalho no Brasil. **Revista**

Katálysis, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 132-142, jan/abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592020v23n1p132>. Acesso em: 09/12/2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão nº 0100456-40.2020.5.01.0054 (ROT)**. Relatora: Desembargadora Carina Rodrigues Bicalho. Rio de Janeiro, 11 de mai. de 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2951553>. Acesso em: 10/12/2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Conversa com Bial**. São Paulo, TV Globo, 02/05/2017. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/5842207/?s=36m06s>. Acesso em: 09/12/2023.

RODRIGUES, Marcele Marques. **A responsabilidade civil objetiva da plataforma digital pelo acidente de trabalho envolvendo motoboy entregador**. 2021. TCC (Graduação) – Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/29758>. Acesso em: 10/12/2023.

STOLZE, Pablo. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022.

VALENTE, Jonas. Economia de plataforma: características, modelos e surgimento dos monopólios digitais. In: FERREIRA, J. M. C. **A desmaterialização da economia nas ciências sociais e humanas**. Lisboa: Clássica Editora, 2020. p. 67-86.

WOODCOCK, Jamie. O panóptico algorítmico da deliveroo: mensuração, precariedade e a ilusão do controle. *In.* ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=b9b9DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT9&dq=ind%C3%BAstria+4.0+ricardo+antunes&ots=z7SRmbwFDZ&sig=yN6fFpmNnArGmn3-INVn18-oX1w#v=onepage&q=ind%C3%BAstria%204.0%20ricardo%20antunes&f=false>. Acesso: 09/12/2023

ZANOBIA, Luana. IBGE: Desemprego durante a pandemia foi maior que o esperado. **Veja**, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/ibge-desemprego-durante-a-pandemia-foi-maior-que-o-estimado/>. Acesso em: 10/12/2023.

A SUPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO NA OBRA 1984 DE GEORGE.

Samylla de Sousa Pereira

Introdução

O presente estudo versa sobre a extinção dos direitos fundamentais do homem em *1984*, último livro escrito por Eric Arthur Blair, escritor mais conhecido pela alcunha de George Orwell. Por conseguinte, no decorrer da história podemos observar o protagonista, Winston Smith, vivendo em uma sociedade autoritária e amplamente vigiada. Assim, ao se rebelar contra o sistema no qual se encontrava inserido, Winston se tornou uma marionete a ser manipulada de acordo com os interesses do Estado.

Em razão disso, sua individualidade é eliminada de forma truculenta, uma vez que ela representava uma ameaça ao Partido dominante. Logo, ocorre uma violação da personalidade jurídica do indivíduo, que é despojado de sua humanidade e privado da capacidade de agir de forma espontânea e imprevisível, transformando-se um ser autômato.

Além da referida obra do escritor inglês, amplamente reconhecida como uma das mais relevantes do século XX por sua capacidade de retratar uma época, também será analisada a Constituição Brasileira de 1988, em especial seu artigo 5º que trata dos direitos fundamentais, além de alguns artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Breves considerações sobre os direitos fundamentais

Frequentemente, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais são referidos como se possuíssem o mesmo conceito, porém, é um equívoco pensar que todos têm o mesmo significado. Direitos do homem seriam aqueles valores ainda não positivados em um texto escrito. Os direitos humanos, sendo direitos norteadores, são aqueles consagrados e positivados em declarações e tratados internacionais, dispendo de caráter universal para todos os homens. Por outro lado, direitos fundamentais são um grupo de direitos positivados no texto constitucional de um Estado, assegurando a dignidade humana a todos os indivíduos. O constitucionalista José Afonso da Silva, ao definir o que seriam os direitos fundamentais, ensina 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 [...] Fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados, do homem não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana (Silva, 2007, p. 178).

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são direitos que tem por obrigação a proteção da pessoa humana, defendendo-a

em face do Estado, limitando o poder e a ação deste, em prol do bem-estar de seus cidadãos. Eles foram construídos pelo homem ao longo do tempo, à medida que refletiam as necessidades, anseios e pretensões de uma determinada época, e em uma determinada sociedade. Esses direitos remontam desde o cristianismo em sua forma primitiva, visto que na tradição judaico-cristã, que tanto influenciou a cultura ocidental, o homem fora criado a imagem e semelhança de Deus, devendo, dessa maneira, ser tratado com dignidade por trazer consigo o criador.

Muitos séculos mais tarde, a Europa ainda possuía resquícios da sociedade estratificada medieval, dividida entre a nobreza, o clero e os servos, não sendo possível haver mudança de uma classe para a outra, pois os privilégios só podiam ser adquiridos através do nascimento. Entretanto, eis que surge uma nova classe, social, a burguesia. Todavia, mesmo que os burgueses gozassem de boas condições econômicas, as velhas amarras do feudalismo persistiam, causando assim um retrocesso e impedindo o seu livre desenvolvimento.

Durante o século XVIII, no calor do movimento iluminista, que exaltava a racionalidade humana em contraponto ao Antigo Regime e ao dogmatismo religioso, visto que a Igreja Católica há muito havia se transformando em uma instituição, a mesma passou a fundamentar a monarquia absolutista através da ideologia do direito divino, na qual o rei era o escolhido de Deus para governar. Neste contexto de descontentamento por grande parte da população, revoluções foram travadas contra a opressão exercida pelo monarca absoluto, em busca de ideais como igualdade, liberdade política e de pensamento, direitos até então tidos como inconcebíveis. Para Trindade:

A teoria do direito natural inverte, pois, completamente, a 'pirâmide feudal'. Em lugar de relações verticais (hierarquizadas) instaurar-se-ão relações horizontais (comunidade nascida do contrato social). Deixará de haver ordens correspondendo a funções separadas e desiguais em direitos, não haverá senão homens livres e iguais, quer dizer, cidadãos. Deixará de haver rei no cume da pirâmide para governar os homens, mas a expressão da sua vontade, isto é, a lei. A burguesia, e particularmente, a burguesia francesa, finalmente encontrava um poderoso arsenal ideológico para refutar a visão social de mundo do passado (Trindade, 2002, p.38).

Nesse momento crucial, os direitos fundamentais precisavam afirmar-se nos planos jurídico e político para desse modo, através da sua normatização, de forma solene em um documento escrito, consolidarem-se na sociedade. Nos dizeres do historiador José D'Assunção Barros:

Na história moderna, é com as sociedades europeias e americanas que emergem da derrocada política do chamado Antigo Regime que a ideia de "igualdade comum a todos os homens" consegue transpor definitivamente o espaço religioso para conquistar o universo político e o espaço jurídico (Barros, 2016, p. 78).

Portanto, para que houvesse a expansão e a devida efetivação de tais direitos, era imprescindível que houvesse uma transição, ocorrida entre um plano meramente simbólico (como o divino) para o mundo real e politizado. Sobre isto, Lynn Hunt, em *A Invenção dos Direitos Humanos*, fala que:

Entretanto, nem o caráter natural, a igualdade e a universalidade são suficientes. Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. Não são apenas direitos humanos em oposição aos direitos divinos, ou direitos humanos em oposição aos direitos animais: são os direitos de humanos vis-à-vis uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (mesmo que sejam chamados “sagrados”), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm (Hunt, 2009, p. 11).

Assim, a ideia de direitos fundamentais, só pode ser concebida após o nascimento do Estado Democrático Direito a partir das revoluções da segunda metade do século XVIII, originando as declarações de direitos escritos, que tinha em seu conteúdo os interesses do povo, indo contra a vontade do rei absolutista.

Esses direitos devem seu nascimento à insatisfação sofrida pela a burguesia durante o governo despótico, o qual se tratava, para o filósofo iluminista Montesquieu de um governo em que

“um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos” (Montesquieu, 1996, p. 19). A evidente insatisfação que existia entre os burgueses fez surgir, dentre os movimentos mais conhecidos, a Revolução Americana de 1776, contra os abusos dos ingleses, e a Revolução Francesa de 1789, em resposta ao poder ilimitado do monarca soberano. A partir dessas revoluções, nasceu um novo modo de pensar sobre a relação que envolvia o homem e o Estado. Segundo o jurista italiano Norberto Bobbio, em seu clássico livro *A Era dos Direitos*, essa mudança ocorrida com as revoluções, mudou drasticamente o pensamento político tradicional:

O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabeleceram obrigações para os indivíduos, não direitos. Ao contrário, observemos mais uma vez os dois primeiros artigos da Declaração. Primeiro, há a afirmação de que os indivíduos têm direitos; depois, a de que o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los. A relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente (Bobbio, 2004, p. 94).

Entre as declarações escritas durante o período revolucionário ocorrido no fim do século XVIII, pode-se destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada na França, no ano de 1789. Considerada como inspiração para as declarações que vieram posteriormente, segundo Manoel Gonçalves Ferreira ela foi “por um século e meio modelo por excelência das declarações” (Ferreira, 2009, p. 19). Essa declaração francesa editou em seus artigos aqueles ideais almejados pela população, tais como a liberdade e a igualdade dos indivíduos, sendo universal em seu conteúdo, além de possuir também, um caráter abstrato, pois tinha como destinatário o homem em geral.

Todavia, embora seja tida como inspiração, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem uma antecessora, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho 1776, que era na época, uma das treze colônias americanas que pertenciam à Inglaterra. Essa declaração, que é anterior a própria declaração de independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, foi a primeira a garantir em um texto positivado, a igualdade entre os homens e a democracia como forma de governo.

Essas declarações de direitos, provenientes das revoluções burguesas do século XVIII, foram fruto de um pensamento em comum, que tinha como fonte principal o iluminismo europeu, com filósofos como John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, este último, autor do livro *O Contrato Social*, livro que fala sobre o pacto feito entre os homens para o surgimento da sociedade civil e do Estado. Em uma passagem da obra, Rousseau fala da importância das leis para a criação da sociedade civil, na qual diz que “as leis não são, propriamente, mais do que condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser

o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade” (Rousseau, 1978, p. 55). Portanto, com a edição das declarações, surgiu a concepção moderna de Estado, havendo uma mudança envolvendo o Estado e o indivíduo, considerando que este último não mais ficou inerte nas mãos do governante. Dessa maneira, a ideia de Estado Democrático de Direito deu-se com a consagração dos direitos fundamentais em declarações dotadas de caráter universal, que logo em seguida foram positivadas por meio da constituição de cada país.

Isto posto, o século XX foi um período de intensas transformações. O rápido avanço da ciência, da tecnologia, a expansão dos meios de comunicação e de transporte, tornaram possível proporcionar mais facilidades e conforto para a vida do homem. Contudo, também foi uma época de violentas revoluções políticas, além de duas grandes guerras que chegaram ao ponto de alcançar repercussão mundial. Milhões de seres humanos foram massacrados, despojados de seus direitos e arrancados de sua própria humanidade.

A constante evolução dos direitos inerentes a todos os seres humanos encontrou o seu ápice na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948, enquanto o mundo ainda se recuperava atônito dos horrores causados durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que ficou marcada pelo extermínio em massa, o qual se deu em proporções nunca vistas anteriormente.

Na Declaração Universal de 1948 estão contidos os clássicos direitos relativos à liberdade, à igualdade, à vida, e à crença, visando garantir a todos os seres humanos não somente os direitos já consolidados ao longo do tempo, como também outros

direitos nascidos no pós-guerra, como o direito de asilo político e ao de ter uma nacionalidade, conforme podemos observar em seus três primeiros artigos:

Artigo 1. Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (Organização das Nações Unidas, 1948).

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o reconhecimento de tais direitos passou, segundo Norberto Bobbio “da esfera nacional para a internacional, envolvendo - pela primeira vez na história – todos os povos” (Bobbio, 2004, p. 46). Assim, essa declaração retomou os ideais

igualitários e libertários da revolução francesa (*liberté, égalité e fraternité*), porém, não mais em um sentido de resguardar o indivíduo de um Estado específico, mas sim os cidadãos do mundo inteiro, dado o seu caráter internacionalista.

Do *Big Brother* à repressão: o universo de 1984

Vivendo nessa conjuntura efervescente de meados do século XX, na qual o mundo recobrava os sentidos perturbados durante a Segunda Guerra Mundial, o escritor George Orwell, pseudônimo de Eric Arthur Blair, usou de sua experiência como correspondente de guerra para a rede britânica BBC, e de sua participação como militante na Guerra Civil Espanhola (onde viu de perto os métodos utilizados pelos soviéticos russos), como inspiração para escrever alguns de seus romances.

Em sua última obra, publicada no ano de 1949, intitulada *1984*, Orwell imaginou uma sociedade futurista, pós-revolucionária, burocrática e opressora, dominada por um Estado totalitário, na qual seu protagonista Winston Smith é um homem atormentado, completamente subjugado e engolido pelo sistema. Smith é um exemplo de como o homem pode ser aniquilado de maneira arrasadora, por um Estado que visa à dominação total, sem restar qualquer vestígio de direitos fundamentais do ser humano, formando pessoas apáticas e autômatas, assoladas pelo medo, não possuindo nenhum traço de humanidade.

Ao escrever *1984*, Orwell criou um universo atemporal. Como se fizesse previsões acerca do futuro, “o que vi na Espanha não me tornou cínico, mas me fez pensar que o futuro é bastante sombrio” (Orwell, 2013, p. 122), o autor, vindo de perto o que os

países totalitários¹³ estavam fazendo na Europa em sua cruel busca pelo poder, imaginou um Estado que controlava cada aspecto, por mais mínimo que fosse, da vida de todos os indivíduos, tornando-o seres mecanizados. A trama se passa na obscura Oceânia, mais especificamente na cidade de Londres, Faixa Área Um. Porém a divisão do mundo é diversa da forma conhecida atualmente, existindo apenas três continentes, sendo os outros dois a Eurásia e a Lestásia, e todos guerreavam constantemente entre si.

Um dos instrumentos de dominação utilizado pelo rígido sistema de monitoramento funcionava através de câmeras de vídeos, as chamadas teletelas, que recebiam e transmitiam imagens e áudio ao mesmo tempo. As teletelas eram controladas pela Polícia das Ideias, que através do medo, controlava o pensamento das pessoas. Assim, a noção de direito à intimidade e à vida privada, simplesmente não existia em 1984, visto que como diziam os cartazes espalhados pelas ruas, “o Grande Irmão está de olho em você”, portanto, todos sem exceção deviam ser vigiados:

¹³ Para Hannah Arendt, o totalitarismo trata-se de algo inteiramente novo, visto que este regime causou uma ruptura com toda a tradição do pensamento político ocidental conhecido, no qual “poderíamos dizer que ele destruiu à própria alternativa sobre a qual se baseiam, na filosofia política, todas as definições da essência dos governos, isto é, alternativa entre o governo legal e o ilegal, entre o poder arbitrário e o poder legítimo” (Arendt, 2012, p. 613). Tal sistema visava à organização e controle completo do homem, formando assim massas humanas amorfas.

Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com que o fazia não passava de especulação. Era possível que ela controlasse todo mundo o tempo todo. Fosse como fosse, uma coisa era certa: tinha meios de conectar-se ao seu aparelho sempre que quisesse. Você era obrigado a viver – e vivia, em decorrência do hábito transformado em instinto – acreditando que todo som que fizesse seria ouvido e, se a escuridão não fosse completa, todo movimento examinado meticulosamente (Orwell, 2010, p.13).

O Grande Irmão (*The Big Brother*) era a representação do líder da Oceânia, sendo praticamente endeusado pelas propagandas do partido como se fosse um grande pai. Nesse lugar, tudo era feito em nome do líder, que a todos controlava, embora não se saiba ao certo se ele realmente existiu, ou se era somente a personificação da ideologia do Socing, ficando clara a analogia feita a líderes totalitários como Adolf Hitler na Alemanha nazista e Joseph Stálin na antiga União Soviética.

Em contrapartida ao Grande Irmão, como o grande salvador, existia o inimigo do povo, Emmanuel Goldstein, o traidor do partido, como uma alusão a Leon Trótski. Em uma espécie de ritual chamado Dois Minutos de Ódio, a população era incitada a entrar em êxtase, sendo “impossível manter-se à margem” (Orwell, 2010, p. 25). Durante a realização desse peculiar ritual, havia um misto de sentimentos, beirando à

insanidade, onde o alvo principal dos diversos objetos atirados por pessoas em fúria era a figura de Golstein em um telão.

Não existiam leis positivadas na Oceânia consagradas em um documento escrito e solene. A única regra era não ir contra as ideias do partido, por meio da total obediência em ação e pensamento, pois, se alguém fosse contra a ideologia vigente, estaria cometendo o chamado pensamento-crime, não havendo em hipótese alguma a liberdade de expressão, por essa representar uma séria ameaça, já que ninguém podia pensar por si só, já que todas as ações do Partido não poderiam ser questionadas em hipótese alguma.

Em uma Constituição Democrática, como a Constituição Brasileira de 1988, é assegurado em seu artigo 5º o direito ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório, em contrapartida, no Estado totalitário de Orwell, aquele que fosse descoberto praticando pensamento-crime, desaparecia, sem direito a julgamento, defesa ou registro em uma prisão, sendo “vaporizado”, apagado literalmente dos arquivos, como se nunca houvesse existido.

Havia ainda, os órgãos responsáveis pela administração da Oceânia. O Ministério da Verdade era responsável, pelas notícias e entretenimento, o Ministério da Paz, responsável pela Guerra, o da Pujança, responsável pelas questões econômicas e o do Amor, sendo, por ironia o mais cruel de todos os ministérios, responsável pela manutenção da ordem através de torturas físicas e psicológicas. A inversão do nome de cada Ministério com sua real função pode ser comparada ao lema do partido: “Guerra é Paz, Liberdade é Escravidão e Ignorância é Força”, no sentido de que cada um dos lemas traz duas palavras completamente opostas uma da outra. Esta completa inversão, se deve ao

duplipensamento (*doublethink*), um meio de dominação que manipulava a memória dos indivíduos. O duplipensar consiste em acreditar em duas crenças contraditórias ao mesmo tempo, de forma consciente para que haja a devida precisão, mas também de forma inconsciente, pois ao contrário traria o sentimento incerteza ou falsidade. Sobre o duplipensar, em posfácio de Eric Fromm para 1984, o pensador alemão fala que:

A pessoa não está mais dizendo o oposto do que pensa, mas pensa o oposto do que é verdadeiro. Assim, por exemplo, se ela desiste completamente de sua independência, e de sua integridade, se passa a ver-se como algo pertencente ao Estado, ao Partido ou à corporação, então dois e dois são cinco, ou “Escravidão é liberdade”, e ela se sente livre porque não tem mais consciência da discrepância entre verdade e falsidade. Isso se aplica especificamente às ideologias. Assim como os inquisidores que torturavam seus prisioneiros acreditavam agir em nome do amor cristão [...] (Fromm, 1961 apud Orwell, 2010, p. 376 e 377).

Outro instrumento de dominação era a novafala, em substituição a velhafala. Neste novo sistema de linguagem, outros vocábulos foram criados, como também foram suprimidos vocábulos de significados considerados hereges, fazendo com que o pensamento continuasse reto, não se desviasse de forma alguma para fora do partido, tornando impossível o pensamento-

crime, através do condicionamento pela linguagem com palavras cada vez mais restritas.

Winston Smith e o aniquilamento do ser humano

Em um Estado Democrático de Direito como é o caso do Brasil, a finalidade estatal é o bem-estar de seus cidadãos. Para tanto, possui em seu texto constitucional valores como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a construção de uma sociedade justa livre e solidária, havendo os direitos de defesa em face do Estado, que protegem, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes Ferreira e para Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] os bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem. Assim, em face do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano. Em face do direito de privacidade, o Estado não pode divulgar certos dados pessoais de seus cidadãos. O direito de defesa, neste passo, ganha forma de direito à não afetação dos bens protegidos (Ferreira; Branco, 2014, p. 158).

Por conseguinte, a obra *1984* de George Orwell narra a história de Winston Smith, um homem solitário e angustiado, vivendo em uma atmosfera digna dos mais obscuros pesadelos na sombria Oceânia. Smith pertence ao baixo escalão do Socing, e trabalha no Ministério da Verdade, especificamente no Departamento de Documentação, adulterando os fatos do

passado quantas vezes fosse necessário conforme os interesses do partido, e jogando em seguida os acontecimentos que não mais interessavam nos chamados buracos da memória para serem totalmente esquecidos.

Winston, por não concordar mais com as ideias do partido e começar a pensar por si só, representa assim uma figura subversiva e perigosa, uma verdadeira ameaça por trazer consigo a humanidade, característica praticamente extinta em um mundo mecanizado de sentimentos e ações. Para tanto, começa um diário em um caderno muito antigo, aproveitando-se da disposição diferente das teletelas em seu apartamento e sabe que isso é o início de sua ruína “se o fato fosse descoberto era praticamente certo que o punissem com a morte ou com pelo menos vinte e cinco anos de prisão” (Orwell, 2010, p. 17).

Smith começa a perceber o funcionamento do sistema, isto é, as coisas como elas realmente são, todavia, por começar a enxergar uma centelha de luz em meio à escuridão formada pela ideologia que se encontra no poder, o protagonista de 1984 é punido cruelmente pelo Estado em que vive. A personagem tem suprimida de maneira brutal sua liberdade, que para José Afonso da Silva, “consiste, em suma, num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos” (Silva, 2007, p. 233-234).

Na Oceânia não existia espaço para a individualidade. Nem Winston e nem ninguém podiam ser compreendidos como um indivíduo singular, dotado de peculiaridades. O homem era mais uma peça a compor a engrenagem do sistema, havendo uma total aniquilação da personalidade jurídica das pessoas. Sobre esta última, o civilista Flávio Tartuce a define da seguinte maneira:

[...] a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes [...] (Tartuce, 2010, p. 142).

Sentindo-se desamparado no mundo, tendo aniquilada sua maneira de existir juridicamente como um indivíduo de direitos e obrigações através da personalidade jurídica, e principalmente, impedido de exercer a sua própria humanidade, Winston se rebela contra o Estado opressor em que vive, tal como um elemento defeituoso do conjunto que compunha a grande máquina controlada pelo Grande Irmão.

Não podendo manter o seu diário no qual escrevia seus pensamentos divergentes da ideologia do Partido, fica evidente a supressão ao direito fundamental de primeira dimensão, qual seja, o de liberdade de pensamento como “o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte ou que for” (Dória, 1960 apud Silva, 2007, p. 240). A substituição presente na obra da velhafala pela novafala ocorre com o intuito de tornar cada vez mais restrito o pensamento, tornando assim “a consciência com um alcance cada vez menor” (Orwell, 2010, p. 69), fazendo com que as pessoas não mais reflitam sobre o mundo a sua volta como consequência de um vocabulário elaborado especialmente para isso.

Além de ter suprimido seu direito à liberdade de pensamento, Winston tem tolhido seu direito à privacidade, por meio da vigilância constante das teletelas, que o impediam de manter o devido sigilo de seus mais íntimos assuntos, que só a ele corresponderiam contra o conhecimento alheio. As teletelas, com o seu rígido sistema de monitoramento, muito se assemelham ao panóptico, instrumento de controle social, pensado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. Esse mecanismo é constituído por um edifício em forma de anel, dividido em celas, possuindo uma torre ao centro. Nessa torre, um vigia observaria a todos, sem poder ser visto. Acerca disso, o jurista Celso Lafer aponta que:

Trata-se de uma imensa máquina de dominação que dissocia o ver do ser visto. Dessa maneira, o governante é tanto mais capaz de comandar quanto mais escondido estiver vendo tudo, e os governados estão tanto mais subjugados quanto mais souberem que são vistos, mas não sabem onde estão os governantes que os veem. (Lafer, 1988, p. 245).

Toda esta vigilância constante do panóptico vai gerando, conforme o filósofo francês Michel Foucault em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, um saber no ser dominante sobre o ser dominado (vigiado), que tem “por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc” (Foucault, 2002, p. 88).

Desta feita, temos ainda em 1984 a Polícia das Ideias, um órgão que funcionava como um forte instrumento de repressão e

coerção, prendendo qualquer indivíduo que estivesse em atitude duvidosa contra o Partido, mesmo que este não houvesse efetivamente praticado nada que fosse considerado subversivo. Para a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º incisos LIV, LVII e LXI:

Art. 5º - [...] LIV - ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (Brasil, 1988).

Por outro lado, para a Polícia das Ideias, a mínima suspeita de pensamento-crime serviria para fundamentar a apreensão e conseqüentemente o desaparecimento das pessoas, que não tinham de forma alguma o direito ao devido processo legal, que para Alexandre de Moraes, “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa” (Moraes, 2015, p. 112).

Os indivíduos tampouco tinham direito à ampla defesa, que assegura o direito de produzir elementos favoráveis ao processo que esclareçam a verdade dos fatos, ou ao contraditório, como o direito de ser ouvido e de manifestar opinião diversa da

alegada pela outra parte. O homem era arrancado não apenas de sua vida, que “é o direito mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (Moraes, 2015, p. 34), mas também de sua própria existência como pessoa, porque tendo em vista que a morte não era uma punição suficiente para o Partido, o indivíduo era completamente esquecido, anulado, como se nunca tivesse sido um ser humano, assim como se pode perceber na seguinte passagem:

Na vasta maioria dos casos não havia julgamento, não havia registro de prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, sempre durante a noite. Seus nomes eram removidos dos arquivos, todas as menções a qualquer coisa que tivessem feito eram apagadas, suas existências anteriores eram negadas e esquecidas. Você era cancelado, aniquilado. Vaporizado, esse o termo costumeiro (Orwell, 2010, p. 30).

Ademais, Winston, ao longo de suas inquietações, envolve-se amorosamente com Júlia, uma jovem que também não concorda com a dominação imposta pelo Socing. Após algum tempo juntos, são pegos pela polícia das ideias. Antes, porém, ele recebe de O’Brien, um membro do alto escalão do partido, o livro da Confraria, a organização secreta do traidor e principal inimigo da ideologia Goldstain, mas tudo não passa de uma armadilha para o protagonista. Depois ser apreendido com Júlia, Smith é levado para o Ministério do Amor, pois para o governo da Oceânia “ninguém que tenha se desencaminhado foi poupado”

(Orwell, 2010, p. 300), sendo irremediavelmente aniquilado como indivíduo.

Para uma sociedade constituída pelo Estado Democrático de Direito, “o valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (Lafer, 1988, p. 20). No Estado de dominação de 1984, o único objetivo era o “poder pelo poder” (Orwell, 2010, p. 308), não usado em prol da coletividade, mas somente em benefício do Partido, posto que os homens não eram amparados por nenhum direito fundamental, não possuindo valor algum como ser humano, mas apenas obrigações a serem cumpridas, devendo acima de tudo obedecer e adorar o Grande Irmão, não cometendo pensamento-crime.

No Ministério do Amor, Winston encontra-se com O’Brien, que se torna o seu torturador. Todavia, não se trata somente da tortura física, mas sim de um verdadeiro processo de recuperação do pensamento considerado defeituoso do protagonista, através de tortura mental e moral. Conforme José Afonso da Silva, “a tortura não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a humanidade como um todo” (Silva, 2007, p. 205). O direito contra a prática de tortura é condenado no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo o qual “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Durante uma das sessões de tortura no Ministério do Amor, Winston fica ciente sobre o tratamento desumano e devastador que violaria seus direitos fundamentais e a sua humanidade, por ter questionado o mundo a seu redor e pensando de forma independente, rebelando-se contra o partido. Era necessário que

houvesse uma espécie de reabilitação, um condicionamento em três fases “primeiro aprendizado, depois compreensão, no fim aceitação” (Orwell, 2010, p. 305), da mente considerada subversiva, esvaziando-a, para preenchê-la com o próprio Socing para que assim, esta voltasse a ser restringida, contendo apenas os ensinamentos ideológicos de submissão. Ninguém poderia morrer inimigo do partido, muito menos odiando o Grande Irmão, por isso mesmo, o Ministério do Amor era o local em que tornavam “o cérebro perfeito antes de destruí-lo” (Orwell, 2010, p. 299).

Winston precisava ser “curado” da subversão que trazia consigo, e para tanto, o próprio chega à conclusão de que “algo era destruído dentro do peito; queimado, cauterizado” (Orwell, 2010, p. 339), ao longo de seu processo de reabilitação. Pode-se observar que ele não possuía direito algum sobre a sua integridade física, que diz respeito a “um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo” (Silva, 2007, p. 199), visto que além de torturado, é mantido em condições insalubres, mal recebendo alimentação, sem poder manter sua higiene pessoal, tendo se tornado “um feixe de ossos, envolto em roupas imundas” (Orwell, 2010, p 308).

Smith é aniquilado através do poder do partido, precisando ser dominado, física e acima de tudo mentalmente. “Se você é um homem Winston, você é o último deles” (Orwell, 2010, p. 315), lhe diz O’Brien, seu torturador, acerca de sua insignificância como ser humano perante o Socing. Por fim, em seu último tratamento, visto que “nem sempre a dor é o suficiente” (Orwell, 2010, p. 331), para a obediência total, ele passa por uma tortura psicológica no temido e misterioso quarto 101.

Tendo em vista que cada pessoa possui sua singularidade, “a pior coisa do mundo, disse O’Brien, varia de indivíduo para indivíduo” (Orwell, 2010, p. 330). A pior coisa do mundo para Winston eram ratos, e é através deles, da ameaça iminente do ataque desses animais que o mesmo finalmente se rende ao Partido, pedindo para colocar Júlia em seu lugar, pois como disse o próprio posteriormente em conversa com a mesma “você só pensa em si mesmo (Orwell, 2010, p. 341)”. Depois de vivenciar todo esse tormento, o Partido finalmente conseguiu seu objetivo e Smith amava o Grande Irmão. O seu aniquilamento como pessoa já havia ocorrido, sendo completamente violada a toda sua humanidade e autodeterminação, como a liberdade de poder escolher por si só.

A pessoa deve ser tratada como fim, e não utilizada de forma desumana, como um meio, uma espécie de instrumento para a obtenção de alguma vantagem ou objetivo, posto que, cada indivíduo é único, e traz consigo um universo habitado por diferentes pensamentos, sentimentos e ações, podendo-se compreender que:

A pessoa humana, em sua totalidade, é muito mais que um simples corpo ou uma simples “máquina”, que pode ter suas peças trocadas com o desmonte de uma outra “máquina”, que pode ser tratada como meio de enriquecimento ou de afirmação pessoal ou política. A pessoa é também um mundo de valores e de relações. É um fim em si mesma, um centro de liberdade e complexidade que é único, indivisível e não-intercambiável. Por

isso a pessoa possui dignidade (Hryniewicz, 2008, p. 111).

Desse modo, em 1984, as pessoas não são consideradas seres humanos. Winston é o último dos homens, sendo condicionado cruelmente, perdendo assim sua personalidade. É usado como um meio para o Partido continuar atingindo sua meta de plena dominação e poder, sem possuir nenhum resquício de dignidade, muito menos a proteção de algum direito assegurado pelo Estado.

Conclusão

À época em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi consagrada, a Segunda Guerra Mundial, e os regimes totalitários como o nazismo e o stalinismo, com suas práticas degradantes encontravam-se na recente memória da humanidade, portanto, à proteção existente contra a tortura e ao seu constrangimento que gera humilhação, ser de suma importância em uma sociedade que respeita a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, o presente estudo teve como objeto de reflexão a retirada dos direitos fundamentais do ser humano dentro da obra 1984 de George Orwell. Para tanto, foram utilizados diversos textos que versam sobre o escolhido tema. Foram selecionadas para a realização desta análise, além da referida obra Orwelliana, a Constituição Brasileira de 1988, especificamente em seu artigo, 5º que versa sobre os direitos fundamentais, além de alguns trechos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Por fim, observou-se que o protagonista de 1984, Winston Smith se transformou em uma marionete a ser controlada conforme os interesses do Estado. Por conseguinte, toda sua singularidade é cruelmente suprimida, tendo em vista que esta é extremamente perigosa para o Partido que a todos domina. Em razão disso, há uma violação da personalidade jurídica do indivíduo, que é arrancado de toda a sua humanidade, posto que este não pode ser dotado de ações espontâneas que geram imprevisibilidade, tornando-se assim um ser completamente apático e condicionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREDNT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. - Campus, 2004.

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. Acesso em: 20 de dez. de 2023.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: Declaração Universal dos Direitos Humanos (unicef.org). Acesso em: 12 dez. 2023.

FERREIRA, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. Ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. – 11. ed. rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

HRYNIEWICZ, Severo. *Para filosofar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. – 31. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Claro Enigma, 2010.

ORWELL, George. *Uma vida em Cartas*; seleção e anotações da edição original Peter Davison; seleção da edição brasileira Mário Sérgio Conti; tradução Pedro Maia Soares. – 1ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1 Lei de Introdução e parte geral*. – 6ª ed. São Paulo: Método, 2010.

TRINDADE, J.D. de L. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002.

O SACRIFÍCIO ANIMAL EM RITUAIS RELIGIOSOS: UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO RE 494.601 (1960)

Santiago da Silva Gonçalves

Introdução

A prática de sacrifício animal em rituais religiosos é algo antigo que transfigura o credo de inúmeras religiões e crenças ao longo da história. Nos primórdios surgiram tais práticas, apresentando-se como forma de acalmar a ira ou angariar anseios do povo perante aos deuses de religiões politeístas e até mesmo de religiões monoteístas.

No Brasil, algumas religiões de matriz africana utilizam em seus rituais o sacrifício animal. As religiões que têm isso como prática em seus cultos são o candomblé, o batuque, o omolokô e a santeria. A umbanda, tradicional e popular religião de matriz africana, não sacrifica animais em seus rituais, apesar de possuir os mesmos orixás do candomblé, como assegura Pinheiro (2015).

Frente as crenças das religiões, existe o interesse do direito à vida animal, que teve suas deliberações ganhando força no Brasil com a introdução da proteção e vedação a crueldade contra animais na Constituição Federal de 1988, além de uma série de legislações infraconstitucionais que dispõem a respeito, como a Lei n° 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que estabelece as tipificações e as penas para delitos cometidos contra animais.

A constitucionalidade brasileira tem como característica a supremacia de seus dispositivos, sendo preponderante sobre qualquer outra legislação de nosso ordenamento jurídico. Nossa

lei maior assegura em seu escopo tanto proteção animal contra a crueldade como a liberdade de culto religioso. Diante disso, tratando de sacrifício animal em rituais religiosos, estamos diante de um conflito entre normas constitucionais.

Tal tema foi objeto de ADI n. 70010 129690 proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e logo depois foi levada ao Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº494.601, novamente interposto pelo Parquet, que acabou por reconhecer a constitucionalidade de sacrifício animal em rituais religiosos.

A partir da análise do caso em comento, foi percebido incongruências acerca do julgamento do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade, que acarreta formação de jurisprudência nacional, dando grande dimensão ao problema.

Desta forma, este artigo é uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, subsidiada por livros e artigos científicos, e também a jurisprudência e legislações, em relação a constitucionalidade do sacrifício animal em rituais religiosos. O objeto da presente pesquisa é o embate entre direito animal e liberdade de culto religioso, buscando dirimir as soluções estabelecidas em nossas fontes do direito para os conflitos entre garantias constitucionais e concluir se o Supremo Tribunal Federal pendenciou a uma decisão influenciada por questões políticas ou propriamente jurídicas, pelo impacto que terá uma decisão de uma demanda dessa magnitude.

Será discutido ao longo do estudo a historicidade do sacrifício animal no meio religioso seguido pela apresentação do que é a ideia de constitucionalidade no ordenamento jurídico

brasileiro; a partir daí entraremos na abordagem das legislações brasileiras a respeito do tema discutido, fazendo paralelo com as legislações estrangeiras que influenciaram a formação da nossa base jurídica. O último capítulo fará uma análise da decisão do STF no Recurso extraordinário 494.601, finalizando com a demonstração da inconstitucionalidade do sacrifício animal em rituais religiosos, levando em consideração todos os tópicos abordados na pesquisa.

1. Ideia de constitucionalidade no Brasil

O embate em entre correntes ideológicas, entabulado por um lado pela comunidade religiosa e por outro pela defesa dos animais, além da seara constitucional da pauta, exprimem a importância do destrinchado. Mas o que é constitucionalidade no Brasil?

Preliminarmente, remetemos ao conceito de constituição que é o conjunto integrado de normas que regem a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo e limita os poderes do Estado, resumidamente, regula a sociedade.

Para a formação e interpretação do ideário constitucional, é imprescindível o subsídio de fontes além das jurídicas. Em uma visão sociológica de constituição, Ferdinand Lassale, em sua obra “A essência da constituição”, sustenta que a constituição real ou material é o somatório dos fatores reais de poder que regem uma nação. Aliado a isso, ele acrescenta que coexistem dois tipos de constituição: a escrita ou formal e a real ou material, não tendo força normativa a constituição meramente escrita. Que em um possível conflito entre a escrita e real, deve prevalecer a constituição material, pois a ela é atribuída força normativa.

Na visão política defendida por Carl Schimidt, a constituição significa a decisão política fundamental, que é a decisão concreta sobre o modo e a forma de existência do Estado. Em síntese, a constituição exprime a vontade política originada do poder constituinte originário. Segundo o autor, existe diferença entre normas constitucionais e leis constitucionais. As normas constitucionais são de conteúdo com considerável relevância política, fazendo paralelo com as normas materialmente constitucionais. Já as leis constitucionais seriam aquelas que são inseridas no texto independente de seu conteúdo, apenas para ganhar mais estabilidade jurídica, sendo paradigma das normas formalmente constitucionais.

O sentido jurídico, estabelecido por Hans Kelsen em sua obra “A teoria pura do Direito”, dispõe que a constituição é o escopo de normas jurídicas que possuem força normativa plena e que servem de baliza para a produção normativa posterior. Kelsen contrapõe as visões aludidas por Lassale e Schimidt, pois considera a constituição como norma pura, sem influência de conotação política ou sociológica. A constituição está acima de todas as leis do ordenamento jurídico, dotando sua supremacia, servindo de validade para o sistema normativa em sua integralidade.

1.1 Supremacia constitucional

A consolidação da qualidade de supremacia da constituição foi objeto disseminada na obra “A força normativa da constituição” de Konrad Hesse, assegurando que a carta magna possui predicados para condicionar a realidade social e política de um Estado, bastando para tanto, a efetivação pelos detentores

do poder político estatal, atingindo o que denomina “vontade da constituição”.

As convicções de Hesse convergem com o modelo de constituição adotado nos dias atuais, nomeado de neoconstitucionalismo. Esse novo modelo surgido na Europa no final do século XX, passou a reconhecer a supremacia axiológica e material da constituição.

Com a implantação da nova forma constitucional, houve a saída do modelo jurídico do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, legitimando a força suprema constitucional, pois tudo a partir de então tudo é concentrado em torno da constituição. Outro fator importante com a inovação, foi o protagonismo dado aos princípios, que antes eram apenas ferramenta de integração e interpretação do direito, passando a serem dotados de força normativa.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, leciona que os fatores que levaram a tal alteração na ordem jurídica possuem três marcos principais. São eles: filosófico, histórico e o teórico. O histórico é deflagrado pelo constitucionalismo do pós-guerra, na Alemanha e na Itália, influenciando o brasileiro consagrado na constituição federal de 1988. O marco filosófico é pós-positivista, indo além da legalidade estrita, marcado pela elevação do valor normativo dos princípios, além de erguer os valores na interpretação jurídica e consolidar uma teoria dos direitos fundamentais com gênese na dignidade da pessoa humana.

Em análise do marco teórico, se infere que este preocupa-se em reconhecer a força normativa da constituição, proporcionar a expansão da jurisdição constitucional e em gerar uma nova hermenêutica constitucional.

1.2 Conflito entre normas constitucionais

O contexto fático trazido neste projeto apresenta uma antinomia jurídica entre normas constitucionais, ou seja, o direito à vida animal indo de encontro com a liberdade religiosa. O regramento constitucional goza de supremacia perante ao regramento infraconstitucional, mas em conflito aparente entre bases exclusivamente constitucionais, não há sobreposição de uma perante a outra. De acordo com Antônio Filho (2018), “apesar de haver normas materialmente mais relevante que outras do ponto vista sistemático e axiológico, não existe hierarquia formal entre normas constitucionais [...]”.

Infere-se então a não existência de superioridade hierárquica dentro da constituição, diferentemente do que defendia o jurista alemão Otto Bachof, afirmando que a constituição não é apenas a escrita, mas a que pondera com as regras jusnaturalistas para afastar preceitos constitucionais dotados de atrocidade. Cabe ressaltar que tal tese foi fundamental no contexto extremo da Alemanha nazista, elevando preceitos jusnaturalistas para mitigar regramento que legalizava o regime.

Mas trazendo ao nosso cenário, seria de grande risco transferir ao judiciário poder para mitigar normas constitucionais, pois seria de grande perigo à legalidade e a segurança jurídica de nosso ordenamento.

1.3 Mecanismos para resolução desse conflito

Em decorrência da multiplicidade normativa no escopo de nossa constituição, é quase impossível não haver conflito entre normas ou princípios no caso concreto. Luís Roberto Barroso, descreve o método subsuntivo, para aplicação do direito ao caso:

Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método *subsuntivo*. (Barroso, 2001, p.25)

O tipo de resolução de conflito norma-regra é diferente de quando for norma-princípio. O norma-regra é sempre objetivo, pelas regras serem mais fechadas e específicas, tendo mais caráter de tudo ou nada, podendo esse tipo de embate ser resolvido por critérios como da hierarquia, cronologia e especialidade.

Quando dispomos de conflito norma-princípio é bem mais complexo. Os princípios por natureza são bem mais gerais, tratando de tutela mais abrangente., com mandados de otimização, não podendo serem aplicados aos métodos supracitados para solucionar o conflito, como leciona Sarmento:

É natural, portanto, que se cogite da ponderação para a resolução de colisões entre normas constitucionais. Afinal, as questões constitucionais não são problemas teóricos abstratos que caibam integralmente na lógica formal, cuja resolução sirva apenas ao deleite intelectual dos juristas. Eles envolvem questões práticas importantíssimas da vida da sociedade e das pessoas, que devem ser resolvidas de uma maneira justa e razoável. (Sarmento, 2002, p.30)

O supracitado pensamento de Sarmento dispõe que a ponderação é uma alternativa para resolução de antinomia entre normas constitucionais. Ponderar é analisar determinadas consequências de uma ação ou ação negativa, denominada omissão. No âmbito jurídico, a técnica da ponderação é também analisar as alternativas possíveis, os efeitos e soluções juridicamente possíveis dentro do contexto fático. Alinhado a esse conceito, explicita Alexy (2008, p.117) afirmando que “o referido recurso hermenêutico argumentativo deve ser utilizado nos casos de conflito de direitos fundamentais, principalmente entre princípios jurídicos fundamentais, de acordo com a máxima da proporcionalidade.” Nesse sentido, a ponderação se adequa a realidade fática e as circunstâncias do fato.

Como resultado da aplicação da ponderação, um princípio será mitigado para sobreposição do outro em determinado caso. Mas isso não significa a exclusão do princípio do arcabouço jurídico, apenas afastamento naquele caso.

O mecanismo da ponderação é aplicado primeiro se identificando se há realmente um conflito de normas no caso específico, pois em algumas demandas se conclui que um dos princípios virtualmente em embate, nem se aplica ao caso, desnecessitando de ponderação.

Para avançar para o uso da ponderação, deve-se utilizar a priori, a hermenêutica jurídica ao caso concreto, para ser apontada em qual norma irá incidir a demanda, e caso houver mais de uma solução diferente encontrada para aquilo, a ponderação é passível de aplicação.

Após toda verificação a respeito de incidência da ponderação, partimos para o principal critério a ser usado é o da proporcionalidade. Esse princípio possui três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação busca o meio mais adequado para o fim requestado, e se após isso chegar a apenas uma norma aplicável ao caso, é concluído o embate. Se persistente a antinomia, levamos em consideração a necessidade de mitigação do bem jurídico vergastado, buscando se há existência de outro meio alternativa que implique em menor ofensividade. Inexistente ou não resolutiva a medida alternativa, chegamos ao último estágio da proporcionalidade, que é ela em sentido estrito, objetivando perquirir os ônus e bônus, devendo prevalecer a norma que seja mais vantajosa, acarretando compensação do interesse que foi restringido.

Destaca Antônio Filho (2018) que “os juristas brasileiros quando se deparam com conflitos entre normas principiológicas, os mesmos abrem mão da metodologia clássica para fazer uso do meio mais adequado para a resolução de tais conflitos, a saber, a ponderação.”

Dessa forma, os juristas brasileiros se valem da ponderação como forma de resolução de conflito entre normas constitucionais, pois se apresenta como meio mais adequado e que busca menor dano à ordem jurídica, não deturpando sua segurança.

2. Análise da decisão do STF no Recurso Extraordinário 494.601

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal de 1988, julgou no ano de 2019 o Recurso Extraordinário 494.601, que discutiu a respeito da inconstitucionalidade do sacrifício de animais em rituais religiosos. O recurso mencionado é decorrente da impugnação do Ministério Público do Rio Grande do Sul à Lei 12.131/04-RS, que inseriu o parágrafo único no artigo segundo da Lei 11.915/03-RS (Lei que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais).

Em primeiro plano, a constitucionalidade do dispositivo foi contestada perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na ADI nº 70010 129690. Essa ação direta de inconstitucional foi protocolado em 2004 pelo órgão ministerial do Rio Grande do Sul, arguindo a inconstitucionalidade formal e material da Lei Estadual 12.131/04, pelos seguintes argumentos: no plano formal, que direito penal é matéria de competência legislativa privativa da União. Aduz que, mesmo que não se entenda tratar-se de matéria penal, mas tão-somente de proteção à fauna, o Estado, no

exercício da sua atividade normativa supletiva, não poderia desrespeitar as normas gerais editadas pela União.

No plano material, sustenta a ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana. Em decisão de maioria dos desembargadores, o órgão julgador decidiu pela improcedência da ADI, firmando pela constitucionalidade do disposto de lei requestado. Ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em: 18-04-2005). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690. Proponente: Procurador-Geral de Justiça. Requeridos(as): Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado:

Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 18 de abril de 2005. Lex: jurisprudência do Tribunal de Justiça, 2005).

Não satisfeito com a decisão, o Parquet interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, em 2006. O ministério público pugnou que fosse julgado inconstitucional a lei em decorrência de sua inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência exclusiva da União para legislar sobre matéria penal, por tratar de excludente de ilicitude, violação da do artigo 19, I da Constituição Federal que dispõe o seguinte:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (Brasil, 1988, p.54)

Continuando no âmbito da inconstitucionalidade formal, o MP apresentou que, ainda que se entenda não se tratar de matéria penal, a competência para legislar sobre direito ambiental é concorrente da União e dos Estados, e que aquele ente já havia legislado na matéria por meio da Lei nº 9.605/1998, não sendo possível lei Estadual dispor de forma diversa, em razão de hierarquia e cronologia, além do fato de que a referida lei recorrida estaria ao mesmo tempo considerando um ato

permitido e proibido. Em complemento, sustentou que a mitigação da norma questionada não implicaria na inviabilidade de cultos de religiões de matriz africana, em atendimento ao terceiro subprincípio da ponderação, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, ao passo que a supressão do princípio em questão acarretaria menor ônus, que se fosse suprimido o antagônico.

A respeito das alegações de inconstitucionalidade formal, os ministros da Suprema corte votaram, em sua totalidade, por inocorrência do vício, fundamentando que a legislação não dispusera de matéria penal, mas sim de matéria de cunho do Estado no exercício de suas funções e garantias administrativas.

O ministro Edson Fachin destacou que a norma impugnada não trata de excludente de ilicitude, apenas institui o código estadual de proteção aos animais. Ele traz à baila o art. 24, VI da CRFB/88 para justificar a competência concorrente do estado para legislar sobre a matéria. Acrescenta que:

À luz da autorização constitucional, trata-se, como se observa, de norma cujo âmbito de incidência é distinto. Caso haja o descumprimento da norma estadual, por exemplo, a sanção legalmente prevista é a de multa, conforme art. 25 da lei gaúcha; ao passo que o descumprimento da lei federal dá ensejo à apuração de eventual infração penal, nos termos da Lei 9.605/98. Assim, a incompatibilidade decorrente de uma possível incidência da norma federal e de um afastamento da norma estadual é justificada

pela independência da esfera penal relativamente à administrativa.” (Fachin, 2019)

Em síntese semelhante votou o ministro relator, Marco Aurélio, assegurando que se trata de excludente de responsabilidade e não de ilicitude, pois para ser de cunho penal devia descrever uma conduta e sanção em seu cometimento, o que não ocorre com o diploma recorrido. Como informado alhures, os outros relatores também votaram pela improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal, agora iremos adentrar na pauta material.

2.1 Inconstitucionalidade material. Votos dos ministros

O Ministério Público também arguiu a inconstitucionalidade material do dispositivo da lei estadual em razão de afronta ao princípio da isonomia, privilegiando os cultos de religiões de matriz africana, ferindo a laicidade do estado. Tornando ilegal o sacrifício animal em rituais religiosos. Traz à baila que religiões como o islamismo e judaísmo têm sacrifício animal em seus rituais, mas não lhe foram conferidas tal tratamento.

2.1.1 Ministro Marco Aurélio

O julgador enfrentou temática defendendo que a norma não deve está restrita apenas às religiões de matriz africana, mas se estender a todas religiões, por risco de ferir o princípio da isonomia. Enfatiza que as condutas presentes no âmbito religioso devem ter observância às normas garantidoras do meio ambiente

contidas na constituição. Ele ainda expõe que é aceitável o sacrifício religioso de animais, se a carne for destinada ao consumo humano, vedando-se os maus tratos. Nesse sentido, votou pela improcedência do recurso, assentando o direito a religiões de qualquer natureza a sacrifício de animais em seus rituais, desde que não ocorra maus tratos e a carne seja destinada ao consumo.

2.1.2 Ministro Edson Fachin

O ministro Edson Fachin sustentou sua posição que a jurisprudência tem reconhecido a obrigação de o Estado ser garantidor da liberdade de cultura a todos cidadãos, entretanto, salientou que a suprema corte tem garantido também a vedação a práticas cruéis contra animais, como no caso da “farra do boi” e da “vaquejada” julgadas inconstitucionais por implicarem em práticas que submetam animais a crueldade. Apesar do aludido, alegou que a vedação ao sacrifício acabaria por mitigar a pluralidade, impondo visão de mundo a uma cultura que carece de proteção constitucional. Votando assim, pelo desprovimento do recurso.

É imperioso trazer à baila que durante a sessão de julgamento, o presidente do Supremo, ministro Dias Tofoli, indagou o ministro Marco Aurélio sobre seu posicionamento quanto ao esclarecimento de matéria de fato e de direito pedido pelo ilustre Procurador de Justiça, e, em ato contínuo, respondeu que estava pronto para ouvir. Segue a fala do Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Alexandre Saltz:

Só para informar ao Plenário - e isso já foi peticionado - que, após o início do julgamento, no dia 26 de outubro de 2018, o Conselho Federal de Medicina Veterinária emitiu uma resolução técnica, na qual ele analisa, circunstanciadamente, hipóteses e situações que caracterizam atos de crueldade e abuso em relação aos animais, interpretando assim o artigo 32 da Lei 9.605 e o núcleo do artigo 225, § 1º, inciso VII. Isso foi informado nos autos; cópia da resolução foi juntada; estava concluso ao Senhor Ministro. Então, só gostaria de informar isso à Corte. Muito obrigado. (Saltz, 2019, p.89)

Depois de ter sido ouvida a informação do Procurador, o ministro Dias Toffoli questionou o relator se ele haveria mudado de posição após esse fato. Respondeu veementemente o ministro Aurélio (2019) que “Não altera, Presidente. Estou julgando um caso subjetivo e segundo os parâmetros do processo.” Teve igual posicionamento o ministro Edson Fachin.

2.1.3 Ministro Alexandre de Moraes

O ministro Alexandre de Moraes, em razão dos vários argumentos sustentados oralmente e pela conclusão do ministro relator, pediu vista dos autos antes de proferir seu voto.

Na prolação de seu voto, o ministro defendeu ser importante a identificação do real objeto da discussão e o enquadrar dentro da liberdade religiosa, apontando preconceito na forma como estava sendo tratada a questão pela parte autora e

pelos *amici curiae*. Acrescenta que o que foi vedado no código estadual de proteção aos animais do Rio Grande do Sul, foram condutas que não ocorrem nos rituais religiosos de matriz africana. Com isso, negou provimento ao recurso, ressaltando que o sacrifício animal em rituais religiosos deve ser amparado independente de consumo de carne, e no mesmo sentido votou o Ministro Gilmar Mendes.

2.1.4 Ministro Luís Roberto Barroso

O ministro começou seu voto aduzindo sobre os três fundamentos, os quais foram apresentados no recurso, quais sejam: inconstitucionalidade formal, a violação ao princípio da isonomia e a violação ao princípio da laicidade do Estado.

No que tange ao primeiro fundamento, o ministro entendeu que não se trata de uma norma de natureza penal, sendo ela inteiramente cabível no dispositivo do art. 24, VI, da Constituição Federal, que prevê ser de competência legislativa concorrente da União e dos Estados, bem como do Distrito Federal legislar sobre a temática, negando que há a existência de inconstitucionalidade formal, tendo em vista a competência do Estado em legislar sobre a matéria.

Em seguida, superada a inconstitucionalidade formal, tratou sobre a material, ao qual defendeu o direito de as pessoas professarem as suas religiões na veemência que quiserem. Ademais, sobre o segundo fundamento, ressaltou que não se trata de uma violação ao princípio da isonomia ou da igualdade no fato de que a lei cita apenas as religiões de matriz africana, mas sim de um preconceito que persiste até os dias atuais, destacando a intolerância e discriminação enfrentadas ao longo dos tempos.

Por fim, enfatizou, novamente, que não se trata de violação ao princípio da isonomia, mas que consagra a igualdade como reconhecimento, assegurando o direito de que culto possa adotar suas práticas da forma que desejarem.

2.1.5 Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber, entendeu que na lei estadual não houve a violação ao princípio da isonomia, tampouco a natureza laica do Estado, destacando que o fato de o Legislador ter se referido apenas aos cultos de matriz africana se deu por conta da intolerância e do preconceito enraizado através do estigma dado a tais religiões sobre os "rituais de abate".

Sobre a temática dos maus-tratos, a ministra apontou que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez uma ressalva em seu texto, qual seja: "desde que sem excessos ou crueldade". Concluiu seu voto afirmando que a decisão não merece reparo, devendo ser verificado somente o limite de compatibilização entre manifestação cultural e proteção aos animais.

2.1.6 Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que o sacrifício de animais em cultos afros, faz parte da liturgia tratada no art. 5º, inciso VI da Constituição Federal, sendo, portanto, constitucionalmente protegido.

Além disso, não vislumbrou inconstitucionalidade do ponto de vista formal, aduzindo que é uma matéria sobre a qual o Estado pode legislar de forma concorrente, bem como entendeu não haver inconstitucionalidade material, evidenciando que a

matéria está plenamente compatível com a proteção que a Constituição Federal dá aos cultos e liturgias de qualquer espécie.

2.1.7 Ministro Luiz Fux

O ministro deu início a sua fala destacando o preconceito religioso enfrentado e que cresce diariamente, sendo a maioria contra as religiões de matriz africana, bem como a liberdade religiosa de manifestação disposta na Constituição Federal Brasileira.

Em seguida, lembrou quando foi discutida a questão da vaquejada pela Corte e sobre ter explicado a diferença do abate comercial do boi realizado com extrema crueldade e o abate religioso.

2.1.8 Ministra Carmén Lúcia

A ministra aduziu que a inconstitucionalidade formal tratada é no sentido de não se tratar de matéria penal, sendo inteiramente cabível a atuação administrativa do Estado. No que se refere a inconstitucionalidade material, afirmou não tê-la vislumbrada e sem qualquer possibilidade de ser fundamentada.

Destacou que os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, bem como a liberdade de pensamento, consciência e religião no que se refere, inclusive, manifestar essa religião ou crença, presentes nos artigos 1º e 18 da Declaração dos Direitos do Homem da ONU, respectivamente.

Por fim, ressaltou que não constatou qualquer mácula ou traços de inconstitucionalidade na temática.

2.1.9 Ministro Dias Toffoli

O presidente do supremo à época, ministro Dias Toffoli, acompanhou voto da maioria dos ministros pelo desprovimento do Recurso Extraordinário 494.601.

2.2 Incongruência entre os votos prolatados

Os 10 ministros votantes, sustentaram suas posições de maneira bem semelhantes, dando improcedência no Recurso Extraordinário. Apesar de semelhança na deflagração final de seus votos, é de se observar incompatibilidade entre as fundamentações adotadas, deixando dúvida quanto à segurança jurídica do direcionamento dado pelos ministros representando a suprema corte do país.

A primeira divergência a ser apontada é em relação ao voto do ministro Marco Aurélio apontado que a resolução do conselho de medicina veterinária – resolução técnica, a qual analisa hipóteses e situações que caracterizam atos de crueldade e abuso em relação aos animais, interpretando o artigo 32 da Lei 9.605 e o núcleo do artigo 225, § 1º, inciso VII – protocolado no processo, não deveria interferir no seu voto, em razão de estar julgando um caso subjetivo.

Em voto proferido mais adiante, o ministro Edson Fachin declarou que no julgamento da ADI 4983 (ADI das vaquejadas), que também tratava de proteção animal contra crueldade, as razões que levaram o tribunal a reconhecer o tratamento cruel, foram laudos técnicos trazidos aos autos. Isso leva, pacificamente, à compreensão que um critério foi utilizado pela suprema corte para decidir um caso, e em outro ela se valeu de argumento

totalmente discrepante, desconsiderando parecer técnico cabal para ajudar a dirimir a antinomia, colocando em xeque a credibilidade e legitimidade material desse julgamento.

Em segunda análise, temos o voto do ministro Alexandre de Moraes que defende a ausência das condutas vedadas pelo código de proteção animal do Estado do Rio Grande do Sul, nos rituais de religiões de matriz africana. O referido código veda, em síntese, crueldade e maus tratos contra animais e, apresentada exclusão de ilicitude quando o ato praticado no “livre exercício de liturgias e cultos de religiões de matriz africana”.

O questionamento natural de todo ser inteligível é no sentido de qual a justificativa plausível para existência dessa excludente de ilicitude das condutas vedadas pela lei, no âmbito religioso, se, de acordo com o ministro Alexandre de Moraes, não há tais práticas nas religiões. O dispositivo excludente, dá carta branca para a crueldade e maus tratos nas liturgias religiosas de matriz africana, pois pela simples interpretação literal da norma, é evidente o caráter permissivo dela.

Não se pode saber ao certo as intenções prévias dos ministros, mas podemos chegar aos motivos que incumbiram influencia a seus pareceres, como o receio por efeito *backlash* da decisão, abordado no seguinte capítulo.

2.3 Temor por novo *Backlash*

No tocante a decisões jurisdicionais existem dois tipos de decisões, as dotadas de vinculação jurídica e as de caráter político. As jurídicas buscam fundamento estrito nas leis e jurisprudência, sem estarem aquém de fatores externos. Já as decisões políticas, vão além da dotação jurídica, constituindo-se

de influência social e estão preocupadas com suas consequências e possíveis reações. Leciona Eros Grau (2002), que “a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.”

No ano de 2017, se deu o julgamento da ADI 4983, conhecida como ADI da vaquejada, que julgou ser inconstitucional a prática do ato.

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983-CE, 06 de outubro de 2016)

Com a decisão pela inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada, aconteceu uma série de reações, como assevera Vicente de Paula Ataíde Junior, que

após intensa cobertura jornalística e midiática, com mobilização dos respectivos setores, organizando passeatas e caravanas de vaqueiros em prol da regularização da atividade, o Congresso Nacional aprovou, em 06/06/2017 (apenas oito meses após o julgamento do STF), a Emenda Constitucional 96, pela qual foi introduzida o § 7º no art. 225 da Constituição. (Ataíde Júnior, 2022, p.160-161)

Esse dispositivo constitucional inserido na constituição apresentou-se como uma excludente de ilicitude para as vaquejadas, tornando inócua a decisão da suprema corte que tinha acabado de ter declarado ser inconstitucional a prática, a saber:

[...] § 7º. para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art.25 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Brasil, 2017)

Esse fenômeno ocorrido com o caso supracitado, é denominado de “Efeito *Backlash*” – uma reação política à atuação da jurisdição constitucional. Ele acontece em decorrência de decisões tidas como polêmicas, que geram bastante repercussão e atingem determinados grupos ou setores da sociedade. O que explica essa reação é a natureza da constituição, por ser norma dinâmica e que espelha os anseios do meio social, assim como dispõe Bruno Kronka em sua obra “O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça”.

No cenário constitucional atual, é perceptível que a suprema corte corriqueiramente decide questões acerca de demandas políticas e questões éticas, levando o judiciário a ter que tomar partido. Malmerstein defende que toda decisão jurisdicional gera insatisfação de alguma parte do meio que, conseqüentemente, enseja reações sociais e políticas, por dispor de tema mais sensível pendente de unanimidade. E por vezes, esse descontentamento acarreta mudanças no cenário jurídico, sendo, em uma suma, o próprio efeito *backlash*.

Uma das avenças polêmicas tratadas pelo Supremo Tribunal Federal, foi o julgamento do RE 494.601, que julgou ser constitucional o sacrifício animal em rituais religiosos, em 2019. O caso veio a ser decidido posteriormente a todo acontecimento decorrente da “ADI da vaquejada”, estando o julgamento do RE 494.601 munido de influência do cenário elidido pela sobreposição do legislativo perante uma decisão da suprema corte, guiando os ministros a uma decisão política que jurídica, por receio de um novo e eminente efeito *backlash*, pois seria mais cômodo atender ao desejo de determinada parcela da nação que defende o culto religioso ilimitado, de forma que não se aplique nenhuma regulamentação aplicável ao restante da federação.

Conclusão

Perante todo o exposto, fica clara a importância do estudo acerca do sacrifício animal em rituais religiosos, pois permite uma análise crítica e conclusiva a respeito de sua constitucionalidade, levando em consideração todo a evolução e contexto histórico que balizavam os fundamentos dos rituais de sacralização que hoje não devem mais prosperar.

O presente estudo teve como objeto o sacrifício animal em rituais religiosos, fazendo uma análise sobre sua constitucionalidade material, dirimindo intrinsecamente a respeito da excludente de ilicitude presente no parágrafo único do Código de proteção Animal do Estado do Rio Grande do Sul, atualmente parágrafo segundo do mesmo código, que beneficia as religiões de matriz africana. Neste sentido, foi feito um apanhado histórico do surgimento do sacrifício animal em rituais religiosos, quais causas que fundamentavam a prática e quais motivos levaram à sua supressão na maioria das religiões, chegando a um consenso que se tratava de uma adequação social e humana.

De mais a mais, foi trazido à baila a ideia de constitucionalidade que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, alertando para o perigo de se delegar ao judiciário poder para mitigar normas constitucionais em benefício de outra, pois seria de grande risco à legalidade e a segurança jurídica de nosso ordenamento. Ato contínuo, foram apresentadas técnicas de resolução de conflitos entre normas constitucionais, consagrando a ponderação como adequada ao caso, mas não aplicada devidamente, pois no terceiro estágio da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito, privilegia a supressão do princípio que resulte em menor ônus do que se fosse suprimido o

contrário. E, no caso em comento, não inviabilizaria a continuidade e prática de liturgias das religiões de matriz africana, sendo a solução mais viável a denegação do sacrifício animal rituais religiosos.

Em última ocasião, foi analisada a decisão do STF no Recurso Extraordinário 494.601, expondo inicialmente o voto dos ministros – todos pelo improvimento do recurso – e em seguida aludindo os pontos controversos da posição da suprema corte, chegando à conclusão que houve incongruência entre a posição adotada pela suprema corte no RE 494.601 e na ADI 4983 (ADI da vaquejada), ambas tratando de vedação à crueldade animal, mas com polos diferentes. Na ADI 4983 foi utilizada base objetiva, a partir de laudos técnicos, para se extrair a qualidade de crueldade no tratamento animal naquela conduta, mas no RE 494.601 foi ignorado parecer técnico sobre a crueldade animal aplicada ao caso, tornado viciada de insegurança jurídica a decisão do recurso aqui tratado.

Ademais, em virtude da inconsistência das teses jurídicas firmadas nos julgados supracitados, se inferiu a possibilidade de a corte ter tido receio de tomar decisão que causasse grande reação na sociedade, deflagrando o efeito *backlash*, que, como foi disposto, é um efeito rebote a uma decisão jurisdicional tido como importante e/ou polêmica. Esse efeito no caso da ADI 4983, levou o legislativo a editar norma contrária ao julgado no STF no controle concentrado de constitucionalidade, tornando inócua a decisão prolatada.

Com base nas análises realizadas, entende-se ser imperioso o julgamento de conflito constitucional com embasamento e seguimento de técnicas reconhecidas como eficazes, como a da ponderação. Em relação ao objeto principal do estudo, foi

percebido que a solução devida a ser adotada seria pela inconstitucionalidade do dispositivo parágrafo único, atual parágrafo segundo do Código de Proteção Animal do Estado do Rio Grande do Sul, fixando a tese de vedação ao sacrifício animal em rituais religiosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE, Vicente. **Capacidade Processual dos animais: A judicialização do direito animal no Brasil**. 1º edição. São Paulo/SP: Editora Thomson Reuters, 2022. p. 38. 1º edição.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 70010129690. Proponente: Procurador-Geral de Justiça. Requeridos(as): Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 18 de abril de 2005. Lex: jurisprudência do Tribunal de Justiça, 2005

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Plenário)**. Recurso Extraordinário 494.601/RS. Lei 12.131/04-RS. Competência concorrente dos estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos. Constitucionalidade. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Recorridos: Governador Do Estado Do Rio Grande Do Sul e Assembleia Legislativa Do Estado Do Rio Grande 40 Do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de fevereiro de 2019. Lex: jurisprudência do supremo tribunal federal, Rio Grande do Sul.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 4983**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06-10-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017

HESSE, Konrad. "**La Fuerza Normativa de la Constitución**". In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 57-78.

KELSEN, Hans. **A Teoria pura do direito**. 8ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 16 de out. 2009.

KRONKA, Bruno. **O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça**. Editora Dialética, 2021.

LASSALE, Ferdinand. **Que és uma constitucion?**. Ferdinand Lassale. Berlim: Elaleph, 1862. p. 107.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. CJF Jus, 2017

SOBRE OS ORGANIZADOR, A APRESENTAÇÃO E OS(AS) AUTORE(A)S

ORGANIZADOR

Erasmoo Carlos Amorim Moraes

Pós-doutor em História Social pela Universidade Federal de Campina Grande. Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense (2020). Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal do Piauí (2012). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2007). Graduado em História pela Universidade Estadual do Piauí (2006). Especialista em Direito pela Faculdade São Vicente de Pão de Açúcar (2017). Especialista em História do Brasil pela Faculdade Piauiense. Estuda História das mulheres e relações de gênero no Brasil. Professor Dedicacão Exclusiva do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI- Campus Professor Alexandre Alves de Oliveira). Atua como membro pesquisador do Núcleo de Pesquisa e Estudos em Cidade, Memória e Patrimônio registrado junto ao CNPq.

E-mail: erasmocarlos@phb.uespi.br

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4480076107626191>

APRESENTAÇÃO

Auricélia do Nascimento Melo

Pós-Doutora em Direito e Desenvolvimento pela UFPB. Doutora em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito

Constitucional (UNIFOR), Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí-UESPI. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Advogada inscrita na OAB-PI. Mediadora Judicial. Professora de Cursos de Pós Graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil- IBERC. Avaliadora de Curso MEC/INEP. Membro da Academia Parnaibana de Direito.

E-mail: auriceliasciment@ccsa.uespi.br

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3103087700737723>

AUTORE(A)S

Aldane Ibiapina Gomes Monteiro

Especialista em Docência do Ensino Superior, pós-graduanda em Psicopedagogia, graduada em Pedagogia e graduanda em Direito.

E-mail: aldane_ibiapina@hotmail.com.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5180660349254481>

Amanda de Albuquerque Lima

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2024). Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (2024).

Email: amandalima0204@gmail.com/ amandalima@aluno.uespi.br

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9829692497309676>

Amanda Veras Mendes

Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela ESAPI. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências

Humanas, Exatas e da Saúde do Piauí/ Instituto de Educação Superior do Vale do Parnaíba - FAHESP/IESVAP (2023). Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Piauí (abril de 2023 a dezembro de 2023).

E-mail: menamades11@gmail.com

Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3826452037772442>

Biatriz Ribeiro de Sousa

Pós-Graduada em Direito Eleitoral e Público Municipal pela Escola Superior de Advocacia do Piauí – ESAPI e em Direito Tributário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. Advogada. Realizou estágio em escritórios de Advocacia na área de Direito Tributário.

E-mail: biatriz.brs@gmail.com.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2552894459116441>.

Dione Cardoso de Alcântara

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR (CAPES 6), Especialista em Direito Processual Civil (2003/RJ), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2006/RJ), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (2021/SP), Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Superior de Advocacia do Piauí- ESA/PI/UNINOVAFAPI (2021/PI) e Direito Digital do Trabalho, Compliance Trabalhista e LGPD - Faculdade Verbo Educacional (2023/RS). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2001/CE).

Professora de Graduação e Pós-Graduação. Advogada.
Conselheira Estadual da Seccional OAB/PI 2022/2024.

E-mail: dionecardoso@hotmail.com.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6523333357521002>

Gabriel Luiz Araújo dos Santos

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2020 - Atualmente). Estagiário da 4º Vara Civil da Comarca de Parnaíba/PI (2023 - Atualmente)

E-mail: g.luiz.a.dos.s@aluno.uespi.br

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1659437194586619>

Joana Dara Carvalho Sousa

Graduação no Bacharelado em Direito em andamento, Universidade Estadual do Piauí (UESPI);

Ensino Médio Integrado ao Técnico em Administração completo, pelo Instituto Federal do Piauí (IFPI) (2015-2018). Programa de Extensão “Arcontes: Grupo de estudos em Antropologia Jurídica e História do Direito. (Carga horária: 8h). Pró-Reitoria de Extensão, Assuntos Estudantis e Comunitários – PREX. Universidade Estadual do Piauí - UESPI; Curso sem tutoria Dialogando sobre a Lei Maria da Penha – turma 2 (Carga horária: 60 horas/aula). Instituto Legislativo Brasileiro – ILB.

E-mail: joanadaracarvalhosousa@gmail.com

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6491556724842162>

Mônica de Moraes Abreu

Pós-Graduanda em Direito Eleitoral e Público Municipal pela Escola Superior de Advocacia do Piauí - ESAPI e em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. Graduada

em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. Mediadora Extrajudicial. Advogada. Monitoria da Disciplina Hermenêutica Jurídica. Membro da Liga de Direito Constitucional. Realizou estágio em escritórios de Advocacia e no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

E-mail: monicaabreumorais@gmail.com.

Curriculo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9151310452259625>.

Otavio Brandão de Moura

Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC Goiás. Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e da Saúde do Piauí/ Instituto de Educação Superior do Vale do Parnaíba - FAHESP/IESVAP (2023). Estagiário da Defensoria Pública do Estado do Piauí (Março de 2023 a dezembro de 2023). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí- (Março de 2022 a Novembro de 2022). Atuação como Monitor nas disciplinas de Direito Civil II- (Direito das obrigações) e Direito Processual Civil - (Processo de Conhecimento) como bolsista CAPES pela FAHESP/IESVAP. Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e da Saúde do Piauí/ Instituto de Educação Superior do Vale do Parnaíba - FAHESP/IESVAP (2023). Estagiário da Defensoria Pública do Estado do Piauí (Março de 2023 a dezembro de 2023). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí- (Março de 2022 a Novembro de 2022). Atuação como Monitor nas disciplinas de Direito Civil II-

(Direito das obrigações) e Direito Processual Civil - (Processo de Conhecimento) como bolsista CAPES pela FAHESP/IESVAP.

E-mail: otaviomourademoura@gmail.com

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9552746216068427>

Pedrita Dias Costa

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2006). Pós-Graduada em Direito Processual (2009), Docência do Ensino Superior (2012), Educação à Distância pela Faculdade Piauiense (2014) e Direito do Trabalho pela Faculdade Internacional do Delta (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2021).

e-mail: pedritadiascosta@gmail.com

currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6648430612812818>

Rhilenne Gomes Feitosa

Especialista em Direitos Humanos e Movimentos Sociais (UESPI), Especialista em Cultura Afro-brasileira na Educação. Formada em História e Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI), Professora de História da Arte e História.

e-mail: rhilennefeitosa@gmail.com

currículo: <http://lattes.cnpq.br/9705672351949737>

Rodrigo Crispim Marques

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, com pesquisa voltadas para a área de Direito Constitucional,

Civil e do Trabalho. Foi estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, lotado na 4ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba.

E-mail: rcripim123@gmail.com

Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2178554181104506>

Samylla de Sousa Pereira

Possui graduação nos cursos de Bacharelado em Direito e Licenciatura Plena em História pela Universidade Estadual do Piauí-UESPI. É especialista em Educação, Ética e Política pela mesma instituição. Atualmente, é mestranda em História pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA e bolsista CAPES.

E-mail: samylladesousa@gmail.com.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9637536015903469>.

Santiago da Silva Gonçalves

Graduação no Bacharelado em Direito em andamento, Universidade Estadual do Piauí (UESPI);

e-mail: santiago.dpe2022@gmail.com

currículo: <http://lattes.cnpq.br/6532815737538919>

Para saber mais sobre nossos títulos e autores, visite nosso
site:
editora.uespi.br

<i>Formato</i>	14,8 x 21,0 cm
<i>Margens</i>	
<i>superior/inferior</i>	2,5 x 2,5 cm
<i>interna/externa</i>	2,0 x 1,5 cm
<i>Fonte</i>	Palatino Linotype



EdUESPI

Saber Jurídico: experiência de pesquisa, em direito, no Brasil contemporâneo.