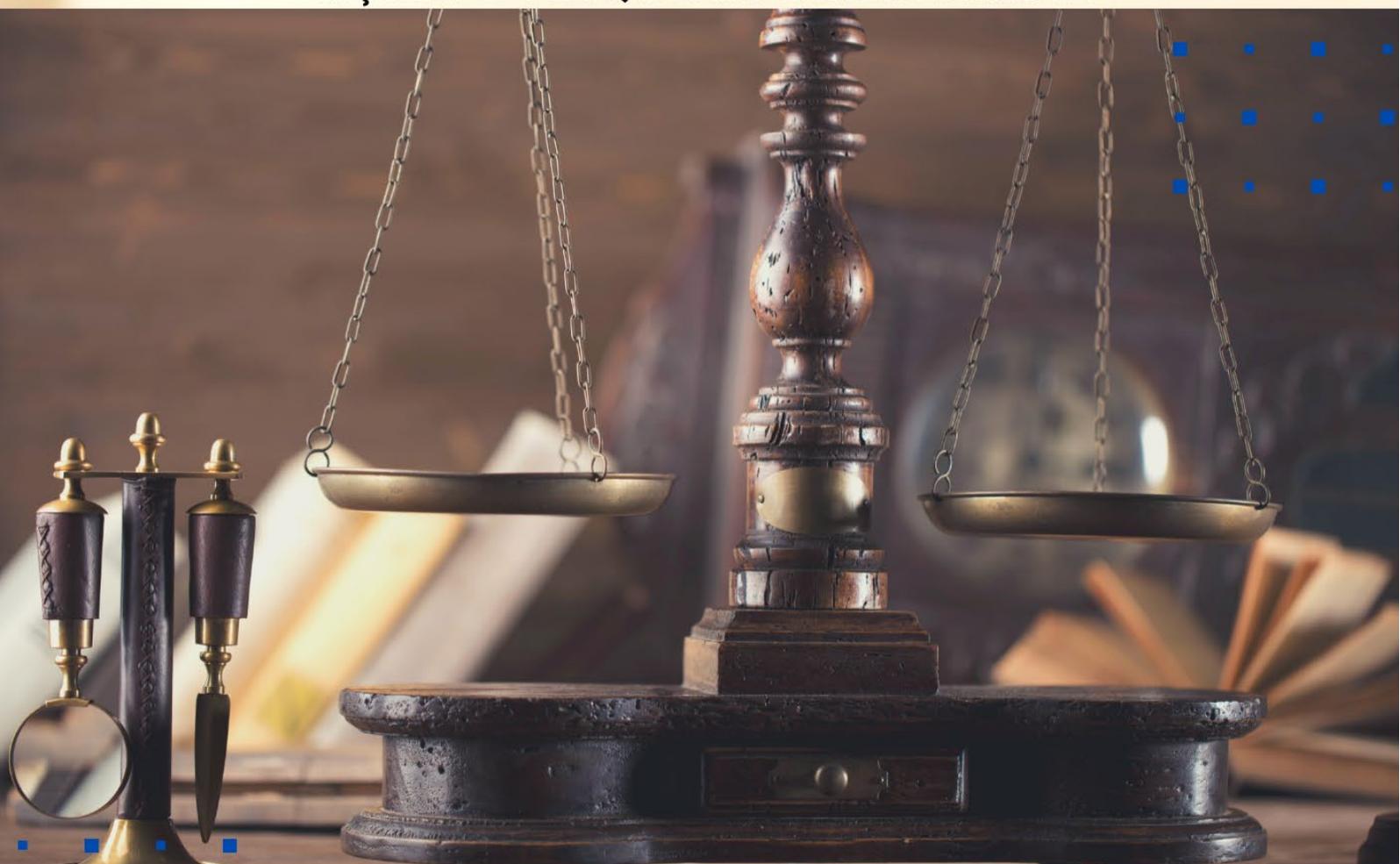


# A construção da pesquisa e conhecimento no direito:

— § —  
AÇÕES E PESQUISAS DIRECIONADAS



ROGER GOULART MELLO  
ORGANIZADOR



2021

# A construção da pesquisa e conhecimento no direito:

— § —  
AÇÕES E PESQUISAS DIRECIONADAS



■ ■ ■ ■  
■ ■ ■ ■  
■ ■ ■ ■  
■ ■ ■ ■

ROGER GOULART MELLO  
ORGANIZADOR



2021

---

2021 by Editora e-Publicar  
Copyright © Editora e-Publicar  
Copyright do Texto © 2021 Os autores  
Copyright da Edição © 2021 Editora e-Publicar  
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar  
pelos autores

**Editora Chefe**  
Patrícia Gonçalves de Freitas  
**Editor**  
Roger Goulart Mello  
**Diagramação**  
Roger Goulart Mello  
**Projeto gráfico e Edição de Arte**  
Patrícia Gonçalves de Freitas  
**Revisão**  
Os autores

## **A CONSTRUÇÃO DA PESQUISA E CONHECIMENTO NO DIREITO: AÇÕES E PESQUISAS DIRECIONADAS, VOL. 1**

Todo o conteúdo dos capítulos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

### **Conselho Editorial**

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense  
Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia  
Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Cristiana Barcelos da Silva – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina  
Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes  
Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - Universidade Federal de Pernambuco  
Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará  
Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense  
Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz  
Inaldo Kley do Nascimento Moraes – Universidade CEUMA



2021

João Paulo Hergesel - Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas  
Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará  
Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes  
Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo  
Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes  
Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará  
Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista  
Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

C758 A construção da pesquisa e conhecimento no direito [livro eletrônico]:  
ações e pesquisas direcionadas: volume 1 / Organizador Roger  
Goulart Mello. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-89950-51-6

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Legislação – Brasil. I. Mello, Roger  
Goulart, 1992-.

CDD 340.981

**Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422**

**Editora e-Publicar**

Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
contato@editorapublicar.com.br  
www.editorapublicar.com.br



2021

## **Apresentação**

Sabemos que a vida acadêmica de um graduando em direito requer muita dedicação e desenvolvimento do hábito da leitura. Tudo isso se prolonga durante toda a sua vida.

Realizar cursos de qualificação, escolha de livros que agreguem valor ao seu conhecimento, dominar os trâmites jurídicos, dominar a legislação, entender sobre cada processo e, principalmente direcionar a lei conforme peculiaridade de cada um. De ante disso tudo, a busca do conhecimento é baseada na pesquisa diária conforme complexidade de atuação.

Neste exemplar registramos a experiência de cada autor na construção de sua pesquisa, referenciamos sua inquietude, seu aprendizado e suas conclusões. Descreve ainda pesquisas voltadas ao direito administrativo, consolidação do direito fundamental, bem como pesquisa com células tronco visto que a formação do feto gera vida.

Outro fator importante é o estudo das leis orgânicas da magistratura, bem como conhecer seus conceitos fundamentais e sua importância. As presentes pesquisas contidas neste exemplar são bem diversificadas e podemos encontrar resultados voltados a mulher, população LGBTQIA+, a proteção jurídica ressaltando o direito de igualdade salarial, direitos trabalhistas, licença maternidade, não deixando de citar um fator importante do direito onde busca o valor positivo e criativo do ser humano.

Como percebemos o direito tem um grande caminho em sua jornada, na construção de fatores evidentes para sua pesquisa e conseqüentemente refletindo teoricamente no seu conhecimento.

Esperamos que sua leitura de cada estudo registrado possa contribuir em suas ações e pesquisas direcionadas.

Boa leitura.

**Inaldo klêy do nascimento Moraes**

## Sumário

CAPÍTULO 1 .....	9
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DA IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO À LUZ DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE.....	9
	Anays Martins Finger Otávio Martins Finger
CAPÍTULO 2 .....	29
FIQUE À VONTADE PARA SER DOMINADO: A (APARENTE) LIBERDADE E O PODER SILENCIOSO NA SOCIEDADE NEOLIBERAL SOB A PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICO-HERMENÊUTICA.....	29
	Bruna Andrade Obaldia Pedro Victor dos Santos Witschoreck Rodrigo Aguiar da Silva
CAPÍTULO 3 .....	41
INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ESTADO, TRIBUTOS E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS JUSNATURALISTAS .....	41
	Ederson Rabelo da Cruz Guilherme Ramos de Morais Luan Christ Rodrigues Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues
CAPÍTULO 4 .....	52
A CONCEPÇÃO DE PESSOA: UM OLHAR A PARTIR DO PARADIGMA LIBERAL.....	52
	Elnora Gondim Tiago Tendai Chingore
CAPÍTULO 5 .....	73
A LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN): ASPECTOS FUNDAMENTAIS E RELEVANTES .....	73
	Isabôhr Mizza Veloso dos Santos
CAPÍTULO 6 .....	83
O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> NA FORMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .....	83
	Otávio Martins Finger
CAPÍTULO 7 .....	101
VIOLÊNCIA DE GÊNERO: ANÁLISE DE CASOS PARADIGMAS.....	101
	Sofia de Castro Montelione Luiza Hernandes Gagliardi Laura Dias Carneiro João Guilherme Rebello Fernandes Laís Bassoli Pedro Augusto de Castro Simbera

CAPÍTULO 8 .....	118
PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA AS DISCRIMINAÇÕES SALARIAIS COM AS MULHERES NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS.....	118

Débora da Silva  
Diana Daniele Oliveira de Souza  
Fabio Alberto de Lorensi  
Gabrieli Vitoria Schilling Fiametti  
Sara Isabel Schmoller  
Suzana Dafre

CAPÍTULO 9 .....	133
GARANTIAS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS NA MATERNIDADE E A PRIMAZIA DO BEM-ESTAR DO PREMATURO.....	133

**DOI: 10.47402/ed.ep.c202174833561**

Daniele Prates Pereira  
Marcela Warmling Koerich  
Maria Vitoria Bortot Rama

CAPÍTULO 10 .....	154
UM ESTUDO DA ADI 3.510/08 A PARTIR DOS DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E ONTOPSICOLOGIA .....	154

**DOI: 10.47402/ed.ep.c20217499516**

Rosane Leal da Silva  
Pedro Henrique Hermes  
Débora Franciele Pfüller  
Fabiano Fabrício Ehrhardt





# CAPÍTULO 1

## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DA IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO À LUZ DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

**Anays Martins Finger**, Advogada, Mestranda em Direito, UFSM  
**Otávio Martins Finger**, Advogado, Especialista em Direito Administrativo, Uniamérica

### RESUMO

Este trabalho buscou analisar a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão da prática de ato de improbidade administrativa à luz do critério da proporcionalidade. Nessa seara, realizou-se um estudo doutrinário e jurisprudencial, por meio de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, acerca dos argumentos favoráveis e contrários à prescrição do ressarcimento. No desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método dialético, uma vez que realizou-se o confronto entre duas posições diametralmente distintas acerca da imprescritibilidade da recomposição do dano. Depreendeu-se, entretanto, que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento é medida desproporcional, uma vez que viola não somente a segurança jurídica, mas também as garantias do contraditório e da ampla defesa e, até mesmo, a isonomia. Em vista disso, a partir deste trabalho, concluiu-se que o combate à corrupção e a defesa do patrimônio público não podem justificar o cometimento de transgressões por parte do Estado, sob pena de incorrer em abusos que, inicialmente, pretendia erradicar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade administrativa; Imprescritibilidade; Proporcionalidade; Ressarcimento.

### INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa é um fenômeno que acomete a sociedade em diversos espaços da esfera pública no Brasil, em diferentes estágios de avanço e em variados setores. Nesse sentido, ainda que tenham sido criados mecanismos legislativos com o escopo de defender o patrimônio público e coibir os atos de improbidade, subsistem ações cujo objetivo é a condenação pela prática de atos incompatíveis com a probidade administrativa e consequente aplicação das respectivas sanções, notadamente o ressarcimento ao erário.

Nesse âmbito, discute-se no âmbito da doutrina e da jurisprudência se a ação de ressarcimento ao Estado deve ou não ser atingida pela prescrição, uma vez que a controvérsia trata de danos causados aos cofres públicos, que lesionam patrimônio de natureza indisponível e sob a égide do interesse público. Por outro lado, acredita-se que o legislador constituinte consignou de forma expressa os casos que deveriam ser contemplados pela imprescritibilidade,



tal como o fez quando tratou da prática do crime de racismo, da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e do direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sendo que não incluiu - ao menos não de forma inequívoca - a ação de ressarcimento de danos ao erário na relação de pretensões imprescritíveis e ainda, que seria desproporcional, por razão de segurança jurídica, que uma ação de índole patrimonial não prescrevesse. Em oposição, aqueles que defendem a imprescritibilidade argumentam que o mandamento está expressamente previsto no § 5º do artigo 37 da Carta Política de 1988.

A partir deste tema, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário em razão da prática de ato de improbidade administrativa é imposição proporcional inserida no ordenamento jurídico brasileiro? Para o desenvolvimento dessa pesquisa, adotar-se-á o método dialético, haja vista que o trabalho será produzido com base no confronto entre as posições favorável e contrária à imposição de imprescritibilidade. Na mesma linha de raciocínio, o procedimento técnico a ser adotado é o levantamento bibliográfico, uma vez que a análise que constitui objetivo principal deste trabalho será procedida com base em livros, artigos científicos e julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Este trabalho será estruturado em três partes: a primeira abordará o controle da improbidade administrativa e a proteção legislativa contra o fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro; a segunda parte concentrar-se-á no critério da proporcionalidade e em sua definição pelo olhar da doutrina; por derradeiro, a terceira parte versará sobre a imprescritibilidade da ação de ressarcimento integral dos danos ao erário face à perspectiva da proporcionalidade, mediante o confronto das concepções doutrinárias e do tratamento jurisprudencial acerca do tema.

## **1 CONTROLE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PROTEÇÃO LEGISLATIVA CONTRA O FENÔMENO**

A probidade administrativa constitui o compromisso de honestidade assumido pelo agente público, devendo, dessa maneira, pautar todo e qualquer ato cuja incumbência lhe seja atribuída, independentemente do setor em que atue, na esfera da Administração Pública direta ou indireta. Por outro lado, o fenômeno da improbidade administrativa pode ser definido como verdadeira ofensa ao dever de probidade conferido ao agente público por ocasião do exercício da função pública. Trata-se, portanto, de grave violação ao princípio da probidade



administrativa. Esta violação, em conformidade com o que será desenvolvido neste trabalho, e por configurar lesão ao interesse da coletividade, está sujeita, atualmente, à cominação de sanções de natureza civil e política, insculpidas tanto na Constituição Federal, como na Lei n. 8.429/1992.

A improbidade administrativa não se confunde, ao contrário do que o senso comum tende a compreender, com práticas que atingem a vida privada dos agentes públicos. Não raras vezes, a sociedade não distingue o sujeito correto do ponto de vista da vida pública daquele do ponto de vista da vida privada, imaginando, com isso, que probado seria o indivíduo que se mostra fiel no matrimônio, que é responsável no pagamento de dívidas, que cumpre seus deveres religiosos e assim sucessivamente (OSÓRIO, 2007). O conceito de probidade que se afigura relevante para a Administração Pública é mais complexo. Nem mesmo qualquer ilícito cometido pelo agente público, nessa qualidade, servirá para enquadrá-lo nas condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, pois o objetivo da norma é punir os atos eivados de má-fé que envolvem um julgamento de censura ético-normativa, e não mero juízo moral (OSÓRIO, 2007).

Diante da necessidade de controlar os atos de improbidade administrativa, provenientes da denominada “cultura da improbidade” que se instituiu no Brasil, fruto de um Estado excessivamente tutelar, demasiadamente burocrático e interveniente nas relações sociais (MARTINS JÚNIOR, 2006), foram editadas as primeiras legislações atinentes ao fenômeno. A respeito da tutela do enriquecimento ilícito, o ordenamento jurídico brasileiro já contou com diversos instrumentos legislativos mas, atualmente, o controle dos atos de improbidade administrativa se perfaz através de variados mecanismos legislativos, como a Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa e a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.

A definição de probidade administrativa ganhou relevância com a inserção do princípio da moralidade no artigo 37 da Constituição Federal, o que pode ser atribuído à preocupação com a manutenção da ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público (DI PIETRO, 2014). Se por um lado a probidade configura a materialização do dever de honestidade do agente público, a improbidade, por outro, revela espécie de má gestão pública e, inevitavelmente, é fenômeno associado à corrupção (OSÓRIO, 2007), uma vez que as modalidades insculpidas na Lei n. 8.429/1992 descrevem condutas ilícitas que contribuem para a desmoralização da Administração Pública e, notadamente, do serviço público individualmente considerado.

No que concerne à origem da expansão do fenômeno no país, Tourinho (2004) ressalta que alguns autores, ao tentar explicar a improbidade, reportam-se ao espírito aventureiro que os brasileiros herdaram da colonização lusitana e que, de modo inevitável, refletiu negativamente na esfera da Administração Pública. Esse entendimento é endossado por Garcia e Alves (2014), que afirmam que no Brasil, a corrupção tem suas raízes entranhadas na colonização, uma vez que o sistema colonial português foi erguido sob a égide de uma monarquia absolutista, na qual monarca e administradores mantinham-se unidos por elos de âmago pessoal e paternalista, promovendo a expansão da ineficiência de maneira descontrolada.

A partir destes elementos, é possível inferir que, sendo o problema reflexo da carência de fiscalização ou herança da colonização, o certo é que a denominada “cultura da improbidade” e seus desdobramentos negativos subsistem na contemporaneidade. Tanto é assim que o legislador, premido pela necessidade de tutelar o fenômeno de maneira mais específica, procedeu à edição da Lei de Improbidade Administrativa.

Com o advento da Constituição de 1988, notadamente em razão do conteúdo dos artigos 15 e 37, § 4º, o vocábulo “improbidade administrativa” auferiu maior relevância ao ser citado pela primeira vez no texto constitucional. Posteriormente, com a abertura concedida pelo texto, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.429/1992, alocando no instrumento os prazos prescricionais das ações destinadas a levar a efeito as sanções descritas na norma. O mesmo não ocorreu com relação à ação que visa ao ressarcimento integral do dano ao erário, que não restou incluída neste rol, permanecendo, em tese, como pretensão imprescritível.

Destarte, a temática permanece controvertida, tanto no âmbito doutrinário, quanto sob o domínio da jurisprudência, uma vez que a imposição de imprescritibilidade é questionável do ponto de vista da segurança jurídica, conforme demonstra Osório:

É caso de questionar essa ideia, pois a quebra e a violação da segurança jurídica não é um bom caminho de combate às práticas nefastas ao patrimônio público. Entendo que um amplo e larguíssimo prazo prescricional deveria ser criado para às hipóteses de lesão ao erário, mas não se poderia aceitar a total imprescritibilidade, ao menos do ponto de vista ideológico. (OSÓRIO, 2000, p. 101)

Sob a ótica da proporcionalidade, a imposição também é passível de ser submetida a uma reflexão crítica. Isto porque a partir deste critério, objeto de estudo da seção seguinte, é discutível que a pretensão de ressarcimento não seja atingida pela prescrição, ao considerar que seu titular é o Estado, detentor de aparelhamento suficiente para que se promova a persecução administrativa em prazo razoável, isto é, em prazo que, embora extenso, seja atingido pelo decurso do tempo de modo fatal. Dessa maneira, evitar-se-ia a inércia do Poder Público sob o cômodo e, por vezes, simbólico argumento – na esfera do direito administrativo sancionador –



de que o ressarcimento corresponde à devolução de patrimônio indisponível, na linha de resguardo do interesse público.

## 2 O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

É notório que os princípios tornaram-se mercedores de significativa valorização no ordenamento jurídico brasileiro. Ao se examinar a redação a Carta Política de 1988, tal valorização é constatada sem dificuldades, uma vez que o texto constitucional é repleto de mandamentos dessa categoria, fruto do anseio em superar o momento histórico anterior, conforme apontado na primeira seção, a partir do restabelecimento de liberdades tolhidas naquele crítico período.

Na esfera do direito administrativo, o enaltecimento dos princípios também se tornou evidente, não só pelo que se extrai do próprio *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, como também pelo que se compreende a partir de simples exame da Lei n. 8.429/1992, que inclusive aloja modalidade específica de atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, insculpida no artigo 11 do referido diploma.

A partir desse cenário, a proporcionalidade também obteve destaque, sendo que algumas questões controvertidas, entretanto, circundam sua natureza, decorrentes de compreensões doutrinárias divergentes sobre sua classificação. O objeto da controvérsia parece, em uma análise mais perfunctória, ter pouca ou nenhuma relevância prática. Contudo, classificar a proporcionalidade como princípio, postulado ou critério revela-se pertinente, na medida em que é a partir desta classificação que será possível proceder ao exame do caso submetido à reflexão. Essa técnica de análise, largamente utilizada pelos tribunais superiores, constitui o meio pelo qual será solucionada a contenda exposta neste trabalho.

A despeito de ser reconhecida, majoritariamente, pela doutrina e jurisprudência, bem como pelo legislador, como um princípio, há quem não reconheça a proporcionalidade como norma de primeiro grau. Para Ávila (2004), por exemplo, não se trata de um princípio, mas sim de um postulado que configura instrumento de controle da arbitrariedade. Na linha de pensamento do autor, o postulado da proporcionalidade identifica-se mais com a classificação de metanorma ou norma de segundo grau.

Já na concepção de Rothenburg (2008), a proporcionalidade também não é princípio e sim como um critério, como uma régua ou ferramenta útil e relevante para o Direito, noção que será adotada por este estudo a fim de compreender em que medida a imposição de



imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário é compatível com referido critério. Na linha de entendimento do autor, “a proporcionalidade nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, apenas se dirige a relações que se estabelecem entre normas jurídicas de conteúdo ‘material’, quer dizer, que consagram importantes valores sociais” (ROTHERBURG, 2008, p. 292).

Predominantemente, a proporcionalidade é fragmentada em três segmentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esta subdivisão tem origem na jurisprudência alemã, que desenvolveu o critério com o escopo de limitar a discricionariedade administrativa. Assim, no tocante ao aspecto da adequação, deve a medida empregada ser revestida de idoneidade, no sentido de produzir o resultado visado. Pela necessidade, deve-se verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução do fim pretendido. Por derradeiro, pelo viés da proporcionalidade em sentido estrito, é que ocorre, efetivamente, a ponderação entre o ônus provocado e as vantagens auferidas com o emprego do meio, analisando-se, desse modo, a legitimidade da medida adotada (BARROSO, 2018).

A partir de um exame mais detido do critério e de seus segmentos, constata-se a necessidade de que uma medida imposta pelo Poder Público seja compatível com a proporcionalidade. Essa ponderação é ainda mais relevante na esfera do direito administrativo sancionador, pois, a aplicação de sanções deste jaez reclamam a utilização da proporcionalidade como instrumento condutor da adequação, da compatibilidade e da suficiência da resposta administrativa outorgada a cada ilícito cometido (PAZZAGLINI FILHO, 2006), justamente para evitar arbitrariedades e perseguições.

Ademais, na linha de entendimento de Fazzio Júnior (2016), essa submissão dos interesses individuais aos interesses superiores da coletividade, isto é, ao interesse primário, não é absoluta e, por isso mesmo, não deve transpor as fronteiras do rigorosamente necessário. Referida análise pode ser ampliada sob a perspectiva do interesse público, posto que este deve ser o objetivo maior quando da imposição de medidas gravosas no âmbito do direito administrativo. Todavia, não pode ser utilizado como salvo-conduto para o cometimento de excessos, sendo invocado de modo abstrato e geral por quem de direito. Destarte,

O certo é que o interesse público, apesar de pretender alcançar certos fins do Estado, não pode estar desvinculado do indivíduo. Em outras palavras: ele está ligado aos “objetivos estatais” e aos “direitos fundamentais” como categorias definidoras de “áreas públicas”, sem se desconectar das necessidades individuais de cada sujeito de direito. (HEINEN, 2018, p. 39)



Neste contexto, inclui-se a análise da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário por ocasião do cometimento de ato de improbidade administrativa, haja vista que se trata de uma imposição severa, de cunho patrimonial, lastreada em um objetivo do Estado, com vistas a condenar o agente público a indenizá-lo, sem sujeição a qualquer lapso temporal. Com efeito, a imposição exime o Estado de abster-se de uma conduta inerte e assumir uma postura ativa frente à persecução administrativa, em busca da devolução de patrimônio indisponível. Acredita-se que a adoção desta postura ativa por parte do Poder Público é muito mais congruente com a noção contemporânea de supremacia do interesse público do que a imposição abstrata de imprescritibilidade ambiciona ser.

A respeito do tópico, Binenbojm (2005) constata que o paradigma da supremacia do interesse público encontra-se em crise. Isto porque, não obstante a maioria da doutrina e da jurisprudência enfrente o tema no sentido de que o princípio não enseja qualquer contestação, o direito administrativo não pode mais ser explicado com base nesta exegese, sem que se reconheça a relevância da proporcionalidade.

### **3 A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DOS DANOS AO ERÁRIO FACE À PERSPECTIVA DA PROPORCIONALIDADE**

Construído um panorama a respeito da tutela da improbidade administrativa no Brasil e evidenciada a relevância do critério jurídico da proporcionalidade, convém analisar, de maneira crítica, a ação de ressarcimento integral dos danos ao erário. Trata-se de imposição com expressa previsão legal e marcada, atualmente, por um elemento de distinção bastante controvertido, se comparada às demais pretensões de natureza civil: a imprescritibilidade.

Em um exame perfunctório e comum às diversas esferas de atuação contempladas pelo Direito, desde as searas administrativa e civil, até a penal e a tributária, por exemplo, nota-se que a importância da prescrição reside, essencialmente, em conferir segurança jurídica às relações submetidas ao seu regramento. Para Gabardo e Saikali (2018), a existência do instituto da prescrição encontra amparo em três finalidades: primeiramente, na prevenção de litígios. Em um segundo plano, consubstancia-se em evitar que tais litígios se prolonguem por um lapso temporal infinito. Por derradeiro, tem-se que um dos escopos do instituto é restabelecer a harmonia e a paz às partes e às suas respectivas relações jurídicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem apenas três pretensões imprescritíveis com previsão clara e inequívoca: a prática dos crimes de racismo e dos resultantes da ação de grupos



armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, bem como o direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, todas com assento constitucional. A ação de ressarcimento integral dos danos ao erário em razão de ato de improbidade administrativa, por outro lado, não pode ser considerada clara, tampouco inequívoca. Isto porque, se assim o fosse, a imposição não seria amplamente discutida no âmbito da jurisprudência e da doutrina. Contudo, apesar da controvérsia, o artigo 37, § 5º, da Carta Magna, vem sendo interpretado, majoritariamente, segundo o entendimento de que a pretensão não deve sofrer os efeitos da inércia do seu titular.

Destarte, não há como afirmar que esta exegese é compatível com o critério da proporcionalidade, sobretudo ao se considerar que, sendo exceção à regra da prescritibilidade, é certo que o instituto demanda interpretação restritiva. É com base nessa premissa que a questão vem sendo trazida novamente ao debate, especialmente sob o domínio dos Tribunais Superiores.

Em vista disso, constitui escopo deste capítulo expor a concepção doutrinária acerca da penalidade, explicitando o raciocínio sob o qual construíram-se os argumentos em favor da prescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos ao erário por ocasião do cometimento de ato de improbidade administrativa. Além de adentrar em seus fundamentos, confrontar-se-á estes argumentos com aqueles que demonstram acolher a tese de imprescritibilidade como posição legítima, verificando-se em que medida estes posicionamentos são apresentados na discussão levada ao âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, impende salientar que, para que o dever de indenizar seja concretizado, viabilizando o ressarcimento ao erário, é obrigatória a configuração, ao menos de culpa *lato sensu*, a depender da espécie ato de improbidade cometido, por parte do agente público. A culpa *lato sensu* compreende tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito, sob as modalidades de imprudência, negligência ou imperícia (PAZZAGLINI FILHO<sup>2006</sup>), ou seja, em hipótese alguma admite-se que o agente seja responsabilizado objetivamente por conduta prevista na Lei n. 8.429/1992. Aliás, bastante curiosa – para não dizer incoerente – é a questão da configuração de má-fé culposa, vez que, vale dizer, contém raros ou nenhum precedente exemplificativo.

Nesse olhar, apesar de a tese em favor da imprescritibilidade ser endossada pela doutrina e jurisprudência majoritárias, os fundamentos contrários à imposição produziram reflexos



significativos nesta seara, de modo que até mesmo grandes juristas têm revisto seu posicionamento. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Inicialmente, o autor mostrava-se favorável à imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, convencendo-se em sentido contrário, entretanto, ao concluir que a imposição resulta em incontroversa mitigação do direito à defesa, visto que, ao contrário da Administração Pública, não poderá o indivíduo, por lapso temporal infinito, manter íntegro o conteúdo probatório que poderia lhe beneficiar no curso de um processo. Ademais, também defende que a Carta Magna de 1988 é clara e inequívoca ao tratar de pretensões marcadas pela imprescritibilidade, o que não se depreende da ação de ressarcimento (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

O jurista confere interpretação diversa à última parte do § 5º do artigo 37, no sentido de que a ressalva estabelecida pelo legislador constituinte revela, em verdade, que os prazos para as ações de ressarcimento serão autônomos em relação à responsabilização por atos ilícitos e não que estas ações não serão atingidas pela prescrição. Por derradeiro, sugere que o prazo prescricional para as pretensões que visem ao ressarcimento seja de cinco ou dez anos, neste último caso, se os atos forem eivados de má-fé (BANDEIRA DE MELLO, 2015). Apesar de a posição do autor ser louvável, discorda-se do último ponto, uma vez que entende-se que tal distinção, que considera a existência de má-fé para fixar o prazo prescricional, não se sustenta em matéria de improbidade administrativa, se o elemento subjetivo for compreendido como um pressuposto para configurar a imoralidade qualificada e a desonestidade do agente.

Por outro lado, Carvalho Filho demonstra discordar da interpretação e das razões defendidas por Bandeira de Mello:

[...] a própria razão histórica do dispositivo demonstrou a vocação do Constituinte em considerar imprescritível a pretensão ressarcitória. Não julgamos acertada a inteligência de que se tenha pretendido apenas separar os prazos de prescrição dos ilícitos comuns e os de improbidade. A separação intencionada, já vimos, visa apenas a colocar de um lado o efeito sancionatório de ressarcimento de prejuízo e de outro os demais efeitos punitivos, todos previstos no art. 12 da Lei de Improbidade. O alvo do mandamento constitucional foi, sem dúvida, a proteção do patrimônio público, que, em última instância, pertence a toda a coletividade. A nosso ver, andou bem o Constituinte [...]. Em outro ângulo, não procede, em nosso entender, o fundamento de que a imprescritibilidade ofenda o direito de ampla defesa e o da segurança jurídica. É mister, nessa matéria, empregar o método hermenêutico da ponderação de valores, em ordem a que, harmonizados os princípios (da segurança jurídica e da proteção ao patrimônio público), possa, em certas circunstâncias, prevalecer a incidência de um sobre o outro. No caso de ato lesivo ao erário, preferiu o Constituinte dar prevalência ao princípio da proteção ao erário. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 254)

Sem olvidar da autoridade de que dispõe o autor para deliberar sobre a questão, diverge-se do seu ponto de vista. Na prática, a defesa do patrimônio público revela-se muito mais



eficiente com a adoção de uma postura ativa por parte do Estado, em prol da coletividade, na busca pelo ressarcimento do dano aos cofres públicos, do que a garantia abstrata de imprescritibilidade da pretensão.

Acredita-se que assiste razão a Bandeira de Mello e que a possibilidade de demandar judicialmente o agente público causador do dano sem estar sujeito a qualquer limitação temporal conduz o Poder Público à comodidade, pois tem ele ciência de que o ressarcimento pode recair inclusive sobre os herdeiros do indivíduo demandado. É verdade que, neste caso, eventual condenação atingirá tão somente o patrimônio transferido a título de herança, mas no que concerne ao direito de defesa, deve ser reconhecido que é pouco provável que o beneficiário do quinhão logre êxito em produzir ou encontrar as provas que viabilizariam o contraditório, sem que, para isso, enfrente os obstáculos impostos pelo decurso do tempo.

A questão prosseguiu controvertida de modo que o debate transcendeu o contexto doutrinário, sendo levado ao âmbito jurisprudencial. No dia 08 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 852475, pronunciou-se no sentido de que as ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa são imprescritíveis. A escolha do *leading case* para análise neste estudo é devida não somente à relevância da decisão propriamente dita, mas, principalmente, ao teor de alguns votos que lhe deram origem.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com o fim de reformar decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do mesmo estado que, em grau de apelação, interposta pelos réus, reconheceu a ocorrência da prescrição da ação civil pública, em favor dos acusados, servidores públicos à época da prática do ato. Os fatos, consistentes em envolvimento em processo licitatório irregular, ocorreram no período compreendido entre abril e novembro do ano de 1995 e a ação civil pública ajuizada em 03 de julho de 2001. Os agentes públicos foram condenados a determinadas sanções, previstas em lei, no primeiro grau de jurisdição, face à prática de ato de improbidade. O respectivo Tribunal de Justiça, entretanto, reformou a decisão, reconhecendo a prescrição inclusive quanto à penalidade de ressarcimento do dano, ponto em que restou constatada a presença de repercussão geral, através do recurso interposto pelo *parquet*.

Ao iniciar o julgamento do recurso, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, após elaborar um panorama sobre a corrupção no Brasil e destacar a importância da Lei de Improbidade Administrativa no que tange ao seu combate, proferiu voto no seguinte sentido:



[...] não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade. Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritibilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade administrativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções. (BRASIL, 2018, p. 16)

O Ministro também adverte que a mera leitura da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, consagrada ao final do § 5º do artigo 37, por si só, não permite depreender que o texto constitucional adota a tese de imprescritibilidade para qualquer ação de ressarcimento ao erário. Isto porque a interpretação da Constituição não pode ser legitimada sem que o conjunto das normas vigentes em todo o ordenamento seja levado em consideração, em uma necessária homogeneidade equilibrada, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional, não só através da violação da sua literalidade, como também da deturpação de seu sentido.

Além disso, questão bastante pertinente é provocada pelo Relator: em uma análise sistemática, é necessário retornar aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte para viabilizar o deslinde da controvérsia. Assim, relembra que na redação originária, mantida pelo Projeto A do relatório da Comissão de Sistematização, o dispositivo em comento referia expressamente que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, *que serão imprescritíveis.*” Contudo, a partir do Projeto B até a promulgação, a última parte do texto, grifada pelo Ministro, foi suprimida, revelando a intenção do legislador constituinte de afastar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Com a redação final, a ressalva que permaneceu na última parte do texto possuía, na realidade, o fito de evitar uma anomia no que concerne à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto não fossem regulamentados pela lei exigida no § 4º do mesmo artigo, definidos como atos de improbidade administrativa, o que só viria a ocorrer posteriormente, com a edição da n. Lei 8.429/1992. Por tais razões, o voto do Magistrado acolheu a tese de prescritibilidade das ações de ressarcimento.

O Ministro Marco Aurélio Mello, acompanhando o voto do Relator, ressalta o contrassenso existente na tese em favor da imprescritibilidade, não apenas em razão de inexistir previsão expressa no texto constitucional como ocorre com os crimes de racismo e com a ação de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito, o que demanda uma interpretação



restritiva do dispositivo. Além disso, o Ministro sustenta que é inconcebível e deveras questionável anuir com a imprescritibilidade de uma ação patrimonial, ainda que o patrimônio público seja o bem protegido nesse caso. (BRASIL, 2018, p. 82).

Em outras palavras, a conclusão a que se deve chegar com esta reflexão é a de que, por mais relevante que se revele o bem jurídico tutelado pela legislação, não se reputa como argumento suficiente para afastar o instituto da prescrição da sua esfera de incidência e, conseqüentemente, abolir a segurança jurídica das relações sociais. Dessa forma, mesmo que o patrimônio público figure como objeto da contenda e, para além de relevante, também seja qualificado pela indisponibilidade, de modo algum deve ser entendido como absoluto.

Sem embargo, o Ministro Edson Fachin abriu a divergência. Apesar de reconhecer a prescrição como um instituto necessário à estabilidade das relações jurídicas, acolheu a tese em favor da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, sem aquiescer com a interpretação do Relator. Defendeu que a prescrição não pode servir de licença para a prática de atos de corrupção e de dano ao interesse público e ressaltou, igualmente, que apesar de se tratar de uma ação patrimonial, não é qualquer bem que a pretensão de ressarcimento visa a proteger. Assim, votou pela manutenção da imposição de imprescritibilidade, por entender que a medida é um recurso impeditivo do aviltamento à coisa pública. (BRASIL, 2018, p. 8)

Com a devida vênia ao Magistrado e como já referido nesta pesquisa, acredita-se que esta noção de supremacia do interesse público sobre o privado não deve prevalecer, não podendo mais ser compatibilizada com os princípios de direito administrativo ou com o critério da proporcionalidade. Embora relevante, a defesa do patrimônio público não deve esbarrar no imperativo da segurança jurídica, tampouco colidir com as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, tão embaraçadas pela imprescritibilidade.

Outro ponto muito relevante a ser arguido nessa argumentação diz respeito à propagação da falsa ideia de que a prescritibilidade da ação de ressarcimento instituiria um entrave ao combate à corrupção. Na respeitável concepção do Relator, trata-se de um argumento falacioso, visto que o fundado obstáculo ao enfrentamento da corrupção é, em verdade, a própria incompetência, consubstanciada pela inércia por parte daqueles que deveriam proceder à persecução. Assim, se em um determinado lapso temporal que, embora extenso, demonstre-se fatal, não seja ajuizada a ação de ressarcimento ao erário, a perda do direito de ação só pode ser atribuída à ausência de elementos probatórios ou, na pior hipótese, à inércia do titular da pretensão. O que não deve ser admitido em hipótese alguma, nessa discussão, é a utilização da prescrição como uma “vacina” para prevenir eventual incompetência (BRASIL, 2018, p. 142).

Entretanto, a exegese diversa do dispositivo constitucional e os consequentes argumentos sustentados, inicialmente, pelo Ministro Alexandre de Moraes e, na linha de entendimento deste estudo, mais equânime, lamentavelmente, não prevaleceu. Ao final do julgamento do recurso, a maioria dos Magistrados acompanhou a divergência do voto do Relator inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, no sentido de realizar uma interpretação literal do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, para afastar a prescrição das ações de ressarcimento ao erário em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa. Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, fixando, todavia, a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato *doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.” A imposição de imprescritibilidade foi mantida apenas para as hipóteses de improbidade dolosa, isto é, quando o ato de improbidade decorre de enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou quando causa dano intencional à Administração Pública.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça adotar o mesmo entendimento exarado, majoritariamente, pela Corte Constitucional, é interessante observar o raciocínio recentemente exposto pelo Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, ao proferir voto no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1388620, julgado em 17 de junho de 2019, tese que já havia sido apresentada em outros julgados do Tribunal. Pela analogia, no entendimento do Magistrado, da mesma maneira que a ação civil pública por improbidade administrativa pode beneficiar-se da imprescritibilidade, no tocante à recomposição do dano, em necessária observância ao princípio da isonomia, deveria também ser imune aos efeitos do tempo a ação do servidor público para reclamar da Administração Pública o pagamento de verbas salariais/alimentares que, por ato imputado somente à Administração, não foram pagas a tempo e modo, de maneira que a desídia da devedora não seja premiada através do locupletamento às custas do credor. (BRASIL, 2019, p. 11). Na concepção defendida por esta pesquisa, trata-se de uma ponderação bastante razoável, mas que, erroneamente, permanece desacolhida pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

No entanto, veja-se que se a segurança jurídica é a linha mestra da argumentação utilizada para afastar a tese defendida pelo Ministro, também deveria ser esta a baliza que orienta o aparato argumentativo em torno da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa, sob pena de estabelecer-se um paradoxo entre as convicções. Alternativamente, se a indisponibilidade do patrimônio público é o fundamento que serve como pretexto para impedir a concessão do mesmo

tratamento aos dois fenômenos jurídicos em análise, questiona-se: a verba devida ao agente público não teria caráter de contraprestação pecuniária a um serviço prestado à sociedade? Se pode o Estado, no campo patrimonial, gozar do direito de ação eterno, por que razão não poderia ele ser demandado sem limitação temporal, quando incorresse em irregularidade no pagamento da verba salarial a que faz jus o servidor público?

Em que pese a imprescritibilidade ainda seja reconhecida pelos Tribunais Superiores, é possível notar um crescimento substancial de argumentos em defesa da prescritibilidade do ressarcimento, tanto por parte de importantes autores que integram o aparato doutrinário brasileiro, quanto por parte de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, o que torna a preservação do entendimento majoritário cada vez mais fragilizada. Nesse sentido, expostas as razões que corroboram a tese defendida por este estudo, convém proceder a uma análise da imprescritibilidade do ressarcimento sob a ótica do critério da proporcionalidade.

Inicialmente, com relação a segmento da adequação, institui-se o seguinte questionamento: a imprescritibilidade é apta a produzir o resultado visado por quem a defende? Ou seja, é instrumento hábil para combater a corrupção, entendida como espécie do gênero improbidade, revelando-se efetiva na defesa do patrimônio público?

Na análise do segundo fragmento da proporcionalidade, indaga-se: não há qualquer outro meio menos gravoso a ser empregado para a consecução do fim pretendido? Isto é, inexistente outra medida a ser adotada pelo Poder Público, em substituição à imprescritibilidade, que não colida com a segurança jurídica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, e até mesmo com a isonomia?

Obtidas as resoluções para estes questionamentos, eleva-se o raciocínio para o objetivo final deste trabalho, a partir da análise sob o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa perspectiva, realizada a ponderação entre o ônus provocado e as vantagens auferidas com o emprego do meio, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa pode ser considerada uma imposição proporcional? Os fundamentos jurídicos para a sua manutenção justificam as consequências produzidas pela eleição da medida?

A elucidação destes questionamentos deve iniciar pelo tópico do efetivo combate à corrupção, na linha de exame do subcritério da adequação. Por esse ângulo, Olivieri (2011) destaca que o tema não deve ser analisado, tampouco deve ser elaborada uma política de Estado visando ao seu controle, sem que haja a ampliação do debate para as questões institucionais.



Nessa seara, são várias as instituições – dentre as quais se destacam o Ministério Público, os Tribunais de Contas e os órgãos de controle interno – que, legalmente instrumentalizadas e fortes, desempenham ativamente suas atribuições. No entanto, com relação à prevenção, à investigação e à punição destes atos, é necessário promover a construção de mecanismos de coordenação, de modo que sejam observados resultados mais eficientes. São vários os obstáculos que dificultam a coordenação, como as tradições institucionais estabelecidas no país e até mesmo a rivalidade entre as instituições, que deveriam agir conjuntamente.

Diante desse cenário, a criação de instâncias de debate, a definição de prioridades e a articulação de ações, no âmbito destes órgãos, de forma integrada, configuram medidas com um potencial muito maior para reduzir e evitar o crescimento da corrupção do que a garantia abstrata de imprescritibilidade da pretensão que visa à recomposição do dano, em matéria de improbidade administrativa, pois revela, em contrapartida, a adesão de uma postura ativa por parte do Poder Público, por intermédio da atuação das instituições habilitadas para este fim.

Em síntese, deve ser ressaltado que se o combate à corrupção se consubstancia por meio da ascensão de comportamentos dinâmicos, logicamente, não será a garantia de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento – que só contribui para conduzir as instituições à inércia – que poderá deslindar este fenômeno que acomete as relações da esfera pública no Brasil. À vista disso, nota-se que a medida não corresponde positivamente ao desdobramento da adequação, o que já poderia dar causa ao encerramento da análise dessa pesquisa, se os segmentos da proporcionalidade forem compreendidos como condicionados, um ao outro. Destarte, não se examinaria o subcritério da necessidade sem que o caso tenha sido submetido, previamente, ao juízo positivo da adequação, do mesmo modo que não se realizaria o exame da proporcionalidade em sentido estrito se o julgamento feito pelo subcritério da necessidade for negativo. Contudo, a fim de aprofundar o debate, este estudo observará o exame de todos os segmentos que compõem o critério da proporcionalidade.

Assim, submete-se a imposição ao juízo da necessidade. Nessa lógica, não somente constata-se, sem dificuldades, a existência de outros meios menos gravosos a serem empregados para a consecução do fim pretendido, como também se depreende que estes meios alternativos, expostos de forma minuciosa no juízo da adequação, são muito mais eficientes no que concerne ao controle da improbidade administrativa. Portanto, destaca-se como alternativa a opção por políticas de Estado, materializadas pela atuação coordenada dos órgãos de controle interno e externo – notadamente o Ministério Público e os Tribunais de Contas – no sentido de prevenir e identificar a origem do problema, como forma de orientar suas ações. (OLIVIERI,

2011). Tais medidas, além de fortalecer as instituições competentes, não resultariam no rompimento com a segurança jurídica, nem colidiriam com o contraditório e com a ampla defesa, que deveriam ser garantidos ao indivíduo demandado. Outrossim, com a implementação dessas providências, não se reputaria necessária a previsão de um lapso temporal infinito para que o Estado ajuizasse a pretensão de ressarcimento.

Ademais, a adoção de uma postura ativa por parte do Poder Público, em detrimento da manutenção de uma prerrogativa que configura infundada exceção à regra da prescritibilidade, concederá tratamento isonômico ao ofertado às pretensões do agente público perante a Administração, visto que não mais uma das partes gozará do direito de ação eterno, enquanto a outra deve submeter-se à regra da prescrição quinquenal para reclamar o seu direito em face da Fazenda Pública.

Derradeiramente, constatado o juízo de reprovação da imprescritibilidade perante os exames da adequação e da necessidade, prossegue-se a análise sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse prisma, reitera-se que, apesar de a análise do último subcritério depender do juízo positivo da necessidade, da mesma forma que esta depende do exame favorável no patamar da adequação, a medida será confrontada com o critério na sua integralidade, a fim de que seja evidenciado o caráter desproporcional, minuciosamente.

Nesse âmbito, não há como sustentar que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, é compatível com a proporcionalidade em sentido estrito. Ao realizar-se a ponderação entre o ônus provocado pela imposição de imprescritibilidade e as vantagens auferidas com seu emprego, conclui-se que a adoção da medida, em verdade, produz desvantagens de maneira que a utilização do meio não pode mais ser defendida. Assim, não somente o rompimento com a segurança jurídica e com as garantias do contraditório e da ampla defesa merecem destaque nesse raciocínio, como consequências lógicas da inexistência de prazo fatal para o ajuizamento da demanda reparatória. Deve também ser acentuado o debate acerca da possibilidade de o Estado valer-se de uma prerrogativa, consubstanciada em direito de ação eterno em face do indivíduo, para satisfazer pretensão de natureza patrimonial, quando nem mesmo bens jurídicos de maior relevância gozam do mesmo tratamento.

Ainda que fosse possível sustentar que a defesa patrimonial se sujeita a lapso temporal infinito, os fundamentos em favor da imprescritibilidade não se mostram capazes de explicar a quebra da isonomia, decorrente do tratamento diverso concedido ao Estado e ao agente



público, no tocante ao pagamento da sua verba salarial, como contraprestação a serviço prestado em prol de toda a sociedade.

Outrossim, sob o viés da interpretação constitucional, não é possível depreender que a medida decorre da intenção do legislador constituinte originário, como bem suscitado no emblemático julgamento do Recurso Extraordinário n. 852475, uma vez que a redação do dispositivo em questão foi alterada de modo que, ao final do processo, a imprescritibilidade foi suprimida. Por óbvio, se fosse esta a inclinação da norma, o vocábulo que afastava a prescrição teria sido mantido no texto constitucional, como permaneceu, de forma incontroversa, no tratamento do crime de racismo, da ação de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito e do direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Somado a isso, é difícil compreender a razão pela qual o Estado detém este privilégio, uma vez que a falta de aparelhamento suficiente para que busque satisfazer a sua pretensão em prazo determinado não pode ser aventada. Sabe-se, igualmente, que a defesa do patrimônio da coletividade não pode mais ser sustentada como motivação para que a ação de ressarcimento seja imprescritível, visto que o interesse público não pode ser encarado como um valor absoluto, colidindo com garantias fundamentais do indivíduo, considerando que ele poderá ser demandado sem qualquer limitação temporal na ação de ressarcimento ao erário. Por óbvio, destaca-se novamente que não é intuito deste estudo defender a irresponsabilidade do agente no que tange à recomposição do dano aos cofres públicos, medida absolutamente necessária, uma vez que o patrimônio pertence à coletividade. Por outro lado, acredita-se que a aplicação da penalidade deve observar lapso temporal determinado, ainda que largo.

Desse modo, a interpretação que deve prevalecer acerca da noção de supremacia do interesse público, atualmente, é a de que o paradigma não deve ser entendido como absoluto e que a sua concepção deve estar em consonância com a unidade da Constituição. Com a observância desse princípio, que deve orientar a interpretação das normas constitucionais, a supremacia do interesse público não poderia reprimir as garantias do contraditório e da ampla defesa, tampouco a segurança jurídica e a isonomia, uma vez que estes valores contam com proteção constitucional.

Sob o mesmo olhar, o combate à corrupção não se sustenta através da violação de garantias e da estabilidade das relações sociais. Assim, não há como defender o rompimento com a segurança jurídica, explícito na tese em favor da imprescritibilidade da ação de



ressarcimento ao erário, em razão da prática de ato de improbidade administrativa, sem que o discurso de oposição à imoralidade e à desonestidade se perca em meio a transgressões.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou apresentar, inicialmente, um panorama geral acerca da improbidade administrativa no Brasil, definindo-a como um fenômeno que, em oposição aos variados instrumentos legislativos de combate à corrupção que passaram a compor o aparato normativo sancionador, permanece alastrado por diversos setores no âmbito da Administração Pública.

Dessa maneira, a tutela da improbidade passou a contar com um número expressivo de sanções, sendo que o intuito deste estudo consubstanciou-se em examinar a penalidade do ressarcimento ao erário, notadamente no que respeita à imprescritibilidade da pretensão. Nesse ponto, revelou-se oportuno analisar a sanção à luz da proporcionalidade. Depreendeu-se que, em que pese também seja classificada como princípio ou como postulado, a proporcionalidade é um importante critério jurídico a ser utilizado para o raciocínio de ponderação no conflito entre certos direitos, considerando a concepção tripartida que se desdobra na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.

Para viabilizar esta análise, conjecturou-se a relevância de demonstrar a concepção contemporânea da supremacia do interesse público sobre o privado e, igualmente, de proceder a um estudo doutrinário e jurisprudencial, a partir de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de modo a compreender o posicionamento majoritário acerca da imprescritibilidade da recomposição do dano.

Em vista disso, inferiu-se que, apesar de não prevalecer perante os Tribunais Superiores – muito embora alguns ministros da Corte Constitucional endossem a tese em favor da prescrição – a posição minoritária tem crescido progressivamente, o que pode ser explicado pelos argumentos robustecidos defendidos pela doutrina e pelos magistrados. Consequentemente, compreendeu-se que não é possível sustentar a manutenção da imprescritibilidade da ação de ressarcimento sem que a imposição colida com a segurança jurídica, com o contraditório, com a ampla defesa e, até mesmo, com a isonomia.

Ao levar em consideração os fundamentos críticos da medida, procedeu-se ao exame da imposição perante os desdobramentos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que integram o critério jurídico estudado. Dessa forma, foi possível concluir que

a imprescritibilidade não configura imposição proporcional, ao ser confrontada com cada desdobramento do critério.

Destarte, esta pesquisa buscou enfatizar que, em que pese o patrimônio público mereça o tratamento de bem relevante, uma vez que pertence à coletividade, sua defesa não se perfaz através da violação de garantias e do rompimento com a estabilidade das relações sociais. A supremacia do interesse público sobre o privado não deve ser interpretada de forma isolada na ordem jurídica, com a completa restrição de garantias que gozam de proteção constitucional.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 239. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 1-31.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 852475**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 08 ago. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+852475%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+852475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nsu9za8>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1388620/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 17 jun. 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=97469450&registro\\_numero=201802834376&publicacao\\_data=20190625&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=97469450&registro_numero=201802834376&publicacao_data=20190625&formato=PDF). Acesso em: 04 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. In: **Revista Jurídica**, v. 50. Curitiba:



Unicritiba, 2018, p. 514-543.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HEINEN, Juliano. **Interesse público**: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVIERI, Cecília. Combate à corrupção e controle interno. In: THEMOTEO, Reinaldo José (Coord.). **Ética pública e controle da corrupção**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública: corrupção: ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro Lopes (Coord.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariade administrativa**: ação de improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2004.



# CAPÍTULO 2

## FIQUE À VONTADE PARA SER DOMINADO: A (APARENTE) LIBERDADE E O PODER SILENCIOSO NA SOCIEDADE NEOLIBERAL SOB A PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICO-HERMENÊUTICA

**Bruna Andrade Obaldia**, Mestranda em Direito, PPGD/UFSM  
**Pedro Victor dos Santos Witschoreck**, Mestrando em Direito, PPGD/UFSM  
**Rodrigo Aguiar da Silva**, Mestrando em Direito, PPGD/UFSM, Advogado

### RESUMO

O presente artigo busca investigar as novas técnicas de poder que se mostram na atualidade, notadamente no que tange às perspectivas neoliberais com o enfoque da fenomenologia hermenêutica. Para isso, o estudo subdivide-se em duas seções. Inicia-se pela compreensão da ideia de poder ao longo do tempo, perpassando pelo poder soberano, pelo poder disciplinar até o poder neoliberal, foco dessa pesquisa. Ato contínuo, o segundo capítulo aborda especificamente o neoliberalismo e as suas novas técnicas de poder, mormente à exploração da liberdade como poder que silenciosamente se manifesta, relacionando o tema com uma ótica fenomenológico-hermenêutica. Nesse sentido, questiona-se: em que medida é possível pensar as técnicas neoliberais de poder, sob a fenomenologia hermenêutica, enquanto um resultado biopolítico da sociedade contemporânea? Para solucionar a problemática levantada, a pesquisa vale-se da abordagem fenomenológico-hermenêutica, enquanto negação do método como tradicionalmente concebido. Ao final do ensaio, é possível depreender que é possível pensar as técnicas neoliberais de poder, sob a fenomenologia hermenêutica, enquanto um resultado biopolítico da sociedade contemporânea na medida em que somos ser-em, seres-no-mundo. O nosso ser-aí, o ser lançado no mundo sem qualquer indagação prévia foi jogado em uma temporalidade que constrói o poder de modo psicopolítico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biopolítica. Fenomenologia hermenêutica. Neoliberalismo. Sociedade neoliberal. Técnica de poder.

### INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, muitas foram as expressões de poder à sociedade. Conforme a temporalidade na qual estava inserido, o poder tomava características específicas. É nesse sentido que a pesquisa busca investigar as novas técnicas de poder que se mostram na atualidade, notadamente no que tange às perspectivas neoliberais com o enfoque da fenomenologia hermenêutica.

Para isso, o estudo subdivide-se em duas seções. Inicia-se pela compreensão da ideia de poder ao longo do tempo, perpassando pelo poder soberano, pelo poder disciplinar até o poder neoliberal, foco dessa pesquisa. Ato contínuo, o segundo capítulo aborda especificamente o neoliberalismo e as suas novas técnicas de poder, mormente à exploração da liberdade como



poder que silenciosamente se manifesta, relacionando o tema com uma ótica fenomenológico-hermenêutica.

Nesse sentido, questiona-se: em que medida é possível pensar as técnicas neoliberais de poder, sob a fenomenologia hermenêutica, enquanto um resultado biopolítico da sociedade contemporânea? Para solucionar a problemática levantada, a pesquisa vale-se da abordagem fenomenológico-hermenêutica, enquanto negação do método como tradicionalmente concebido.

Por fim, no que diz respeito à teoria de base, que edifica o presente ensaio, vale-se de uma perspectiva continental. No primeiro capítulo, há uma concepção pós-estruturalista, que se mostra conveniente à abordagem das construções das teorias de poder ao longo do tempo. Já na segunda seção do trabalho, a teoria hermenêutica emerge para ativar um olhar fenomenológico-hermenêutico às novas técnicas de poder da sociedade neoliberal.

## **1 BIOPODER E BIOPOLÍTICA: QUANDO O PODER TOMA A VIDA DE ASSALTO**

Em qualquer discussão que seja travada acerca de relações de poder, é inevitável que o próprio fenômeno central do tema seja questionado; a final de contas, o que é poder? Mesmo tão arraigado na vida humana e nas relações sociais, tão presente nas esferas política, econômica e cultural das pessoas, adentrando a subjetividade mais sensível que pertence à coletividade, o poder não pode ser facilmente conceituado – pelo menos não de modo consensual.

Ainda que essa grande indagação conceitual paire sob as investigações filosófico-sociais desde que o fenômeno passou a ser percebido e estudado, é possível desfrutar de muitas teorias complexas acerca da sua manifestação e transmutação ao longo do tempo. Assim, ainda que não seja palpável a plena classificação do que significa poder, tal situação não obstou importantes estudos nessa esfera no transcurso da sociedade.

Desse modo, vale salientar a primeira expressão de poder construída na linha temporal desse tema; o poder soberano. Nesse contexto, o poder soberano se exprime como poder de vida e morte. Diante do paradoxo da soberania, amplamente tratado nas obras de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, o soberano está, concomitantemente, dentro e fora do ordenamento jurídico e, por isso do próprio direito.

Nessa perspectiva, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 07). O poder soberano, derivado da soberania – enquanto poder não-derivado e



supremo –, se molda para além dos limites jurídicos do que é ou não aceito. Ao atual no contexto estatal, “em detrimento do Direito, o Estado permanece” e, sendo ele “algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica” (SCHMITT, 2006, p. 13).

Sob essa ótica surge, também, o importante fenômeno do estado de exceção. Na proposta de Agamben (2004, p. 14), é possível compreender que o significado imediatamente biopolítico do estado de exceção é a “estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

A exceção – diretamente ligada ao poder soberano e, por óbvio, ao próprio estado de exceção – se coloca paradoxalmente como uma espécie de exclusão inclusiva, além de se configurar sob uma forma originária de direito que se põe para além dos limites anteriormente fixados ao Estado pelo direito.

Na exceção soberana trata-se de “criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídica e política pode ter valor.” É a localização fundamental que traça um “limiar (estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento.” (AGAMBEN, 2002, p. 26) O poder soberano pode aplicar a lei suspendendo-a por meio da exceção. Em Agamben (2002, p. 30), constata-se que “a exceção soberana representa um limiar ulterior: ela desloca o contraste entre duas exigências jurídicas numa relação-limite entre o que esta dentro e o que está fora do direito.”

Como já fora dito, vige, em sede desse poder soberano, a prerrogativa de fazer morrer e deixar viver. Todavia, ainda que tenha persistido por muito tempo esse percepção de investidura de poder, a complexidade das relações sociais e estatais sugeriu uma reconfiguração na estrutura de poder, notadamente no início do século XIX. O poder soberano, então, demonstra sinais de insuficiência, se mostrando incapaz de “organizar o corpo econômico e político num contexto marcado pela explosão demográfica e crescente industrialização” (AYUB, 2014, p. 60).

Assim, esse poder soberano, como concebido até então, passa a adotar um papel complementável de um poder que, a partir de então, se dá de maneira direta e positiva à vida. Agora, nessa quadra do tempo, surge o poder que causa a vida e/ou devolve à morte. Emerge “um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais que a barrá-las, dobrá-las ou destruí-las” (FOUCAULT, 2012, p. 148).

A partir de então, o poder soberano constrói pilares a fim de possibilitar uma nova expressão de poder que toma a vida de assalto; um poder que se exerce positivamente sobre



a(s) vida(s) – em toda suas performances. A vida passa a ser regulamente e instruída como elemento onde diretamente incide o poder e, mais do que isso, como um mecanismo do poder, que agora é positivo.

“O poder de morte do soberano dá lugar a uma administração e a um controle zelosos da população. O biopoder é, essencialmente, mais refinado, mais precioso do que o poder de morte, o qual, por causa de seu caráter rudimentar, não apresenta nenhum poder de controle” (HAN, 2018a, 129-130). De acordo com Foucault (2009, p. 161), agora

temos que deixar de descrever sempre os efeitos de poder em termos negativos: ele ‘exclui’, ‘reprime’, ‘recalca’, ‘censura’, ‘abstrai’, ‘esconde’. Na verdade, o poder produz: ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais de verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção.

Na perspectiva do biopoder, é importante salientar que, além do que a vida per si, o corpo também exerce um papel importante. “Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.” (AGAMBEN, 2002 p. 14)

Em seu *Microfísica do Poder*, Michel Foucault (1989, p. 82) relata que o controle da sociedade sobre os indivíduos “[...] não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica.”

Isto é, o poder penetrou todas as esferas da existência, e as mobilizou inteiramente, e as pôs para trabalhar. Desde os genes, o corpo, a afetividade, o psiquismo, até a inteligência, a imaginação, a criatividade. Tudo isso foi violado, invadido, colonizado; quando não diretamente expropriado pelos poderes. Mas o que são os poderes? Digamos, para ir rápido, com todos os riscos de simplificação: as ciências, o capital, o Estado, a mídia etc. (PELBART, 2007, p. 57)

Em sede desse corpo e dessa vida, submersos em uma realidade puramente biopolítica, convém alertar que o capitalismo estabelece uma relação simbiótica no que tange à construção dessa (nova) estrutura de poder. A biopolítica desse tempo adentra em um biopoder com múltiplos procedimentos e faces de ação, o que a torna significativamente complexa. O vínculo construído com o capitalismo vem a corroborar com essa afirmativa.

O biopoder que se manifesta nesse controle biopolítico de vidas e corpos, mudando a forma de expressão do poder e das relações de poder que são estabelecidas na sociedade com o Estado, sem dúvidas, foi indispensável ao desenvolvimento dos ideais capitalistas. Para Foucault (2012, p. 131), o capitalismo “[...] só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos”.



Mas, o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como instituições de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de bio-política, inventados no século XVIII como técnicas de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos (FOUCAULT, 2012, p. 131-132)

É justamente esse biopoder que viabiliza o “ajuste da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro” (FOUCAULT, 2012, p. 153-154). O biopoder se mostra, então, como “um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que a barrá-las, dobrá-las ou destruí-las” (FOUCAULT, 2012, p. 127).

Nessa relação tríade entre vida, poder e capitalismo, a biopolítica exerce suas mais notáveis ações. Diante desse cenário, Revel (2006, p. 55-56) elucida que “a vida só é útil porque é, ao mesmo tempo, sã e dócil, ou seja, medicalizada e disciplinarizada”. “O poder já não se exerce desde fora, desde cima, mas sim como que por dentro, ele pilota nossa vitalidade social de cabo a rabo. Já não estamos às voltas com um poder transcendente, ou mesmo com um poder apenas repressivo, trata-se de um poder imanente, trata-se de um poder produtivo” (PELBART, 2007, p. 58).

### **3 A EXPLORAÇÃO DA LIBERDADE COMO PODER INTELIGENTE: AS AFÁVEIS E SILENCIOSAS NOVAS TÉCNICAS DE PODER NEOLIBERAIS SOB UM OLHAR FENOMENOLÓGICO-HERMENÊUTICO**

O primeiro capítulo desse ensaio se preocupou, como visto, em uma brevíssima abordagem acerca dos tipos de expressões de poder que a sociedade experimentou ao longo do tempo. De início, foi possível visualizar o poder soberano, enquanto poder de vida e morte, além de investigar conceitos importantes como o de soberania e também do fenômeno do estado de exceção. Ato contínuo, houve o estudo sobre o poder disciplinar, inaugurando uma biopolítica – centrada no controle da vida ( e do corpo), com expressão de um poder positivo e ligada, estreitamente, ao capitalismo e seus ideais.

Em posse disso, convém se deter na contemporaneidade. Não se acredita que essas expressões de poder tenham se manifestado de modo ou isolado ou, ainda, que tenham ficado resguardadas em sua temporalidade específica. Acredita-se, dessa maneira, que todas as formas de exercício de poder que já foram discutidas contribuem para o modelo contemporâneo. Sob essa perspectiva é que investigar-se-á a exploração da liberdade como poder inteligente, centrando-se nas silenciosas e afáveis novas técnicas de poder neoliberais sob um enfoque fenomenológico-hermenêutico.

Assim, o que se tem, agora, em termos de política neoliberal, é o estabelecimento do poder de modo afável, colaborativo, incentivador. O poder não mais atua reprimido, e sim estimulando. Às considerações de Han (2018b, p. 09), “hoje, acreditamos que não somos sujeitos submissos, mas projetos livres, que se esboçam e se reinventam incessantemente. A passagem do sujeito ao projeto é acompanhada pelo sentimento de liberdade.” Aqui, a ideia do *eu* como projeto está intimamente ligada à (tentativa de) libertação das restrições advindas das relações de poder.

Na sociedade neoliberal, as coações externas – do poder – se dissolvem e, em seu lugar, surgem as coações internas. Nessa mudança de paradigmas, a própria liberdade do sujeito se mostra como fio condutor dessas coerções, que frequentemente assumem materialidade em forma de metas de desempenho e otimização de tempo de trabalho (HAN, 2018b).

Redes de palestras motivacionais, com enfoque em alta produtividade, se alastram por todo o globo, pretendendo incentivar as pessoas a produzir sempre mais, mesmo que, para isso, abram mão de sua saúde mental e, também, de sua vida em grande medida, já que são essas mesmas metas e desafios capitalistas os responsáveis por desencadear várias doenças psicológicas como a depressão e a ansiedade.

O que torna o poder focado na liberdade dos sujeitos (ainda) mais terrível é a maneira dócil com a qual ele se mostra à sociedade. Em termos de conceituação, liberdade parece ir à direção oposta à coerção. Todavia, com suporte em Han (2018b, p. 10), na sociedade neoliberal “ser livre significa estar livre de coerções. Ora, mas essa liberdade que deveria ser o contrário de coação também produz ela mesma coerções.”

A diferença, aqui, é cruel: o poder faz com que o próprio sujeito se obrigue. A cobrança constante com qual o trabalhador neoliberal – que, muitas vezes, assume o cargo de chefe de si mesmo, em ideais empreendedores – lida é a mais autêntica forma de poder silencioso. “O sujeito do desempenho, que se julga livre, é na realidade um servo: é um servo absoluto, na



medida em que, sem um senhor, explora voluntariamente a si mesmo. Nenhum senhor o obriga a trabalhar.” (HAN, 2018b, p. 10)

A exploração da vida e das forças de trabalho por meio do slogan da produtividade visa “[...] intensificar a vida, otimizá-la” (PELBART, 2007, p. 58). Assim, o poder parece se manifestar essencialmente onde parece ausente. Esse pensamento paradoxal reveste a sociedade contemporânea; o neoliberalismo institui(u) as atuais técnicas de poder para que este atue de modo mais disfarçado possível.

Sem dúvidas, a atuação dessa forma de poder parece preocupantemente perigosa. Sabe-se que, com apoio na história, quanto mais um poder necessita reafirmar-se, mostrando à sociedade do que é capaz, mais enfraquecido e desgastado está. Da mesma maneira, estar sob a égide de um poder que atua silenciosamente – e, por isso, tão potente – é fazer com que, por meio do estímulo positivo – que, geralmente, se apresenta de modo muito afável –, corra-se o risco de ser dominado.

Nessa situação, conforme alerta Pelbart (2007, p. 58), “nós próprios nos encarregamos de administrar nosso controle, e o próprio desejo já se vê inteiramente capturado. Nunca o poder chegou tão longe e tão fundo no cerne da subjetividade e da própria vida, como nessa modalidade contemporânea do biopoder”. O poder adentra nosso Ser, se aloca em nossa mais íntima percepção de mundo. No poder controlador da psicopolítica, como expressão de biopsicopoder, o potencial de dominação “[...] passa a ser desejado como algo positivo e prazeroso. (BARACUHY; PEREIRA, 2013, p. 322)

Se o poder só tivesse a função de reprimir, se agisse apenas por meio da censura, da exclusão, do impedimento, do recalçamento, à maneira de um grande superego, se apenas se exercesse de um modo negativo, ele seria muito frágil. Se ele é forte, é porque produz efeitos positivos no nível do desejo [...] e também no nível do saber. O poder, longe de impedir o saber, o produz. Se foi possível constituir um saber sobre o corpo, foi através de um conjunto de disciplinas militares e escolares (FOUCAULT, 2008, p. 148-149).

Assim, é possível sintetizar essa ideia de poder financiada pela sociedade neoliberal com o pensamento de que, atualmente, “encontramos um novo investimento que não tem mais a forma de controle-repressão, mas de controle-estimulação” (FOUCAULT, 2008, p. 147). Em vez de proibir, permite. Em vez de negatar, positiva. Em vez de demonstrar o poder abertamente, silencia. Age de modo que suas ações não sejam percebidas.

Na sociedade neoliberal e, por conseguinte, nas suas novas técnicas de poder, “a liderança comunicativa do poder não pode ocorrer de maneira repressiva. O poder não se baseia na repressão. Ao contrário, como meio de comunicação, ele atua de maneira construtiva”

(HAN, 2019, p. 20). Em suma, ainda com Han (2017, p. 09) “[...] a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade na qual vai se desconstruindo cada vez mais a negatividade em favor da positividade”.

Ante a todo o exposto, convém investigar essa realidade sob o enfoque fenomenológico-hermenêutico. Mais especificamente, parece interessante compreender o ser do *Dasein* diante da perspectiva de uma analítica existencial – ao abordar uma descrição mais ontológica das estruturas responsáveis por constituir os entes. Assim, será possível tratar do tema sob mais de uma ótica de investigação; até porque, independentemente do ponto que se parta, sempre é possível desaguar na filosofia.

Eis “a garantia de que nos movemos no âmbito da filosofia e não fora e em torno dela” (HEIDEGGER, 2018, p. 07). Abrir discussões filosóficas que permeiem o cerne de investigações jurídico-sociais é complexificar positivamente debates teóricos, aliando-os à prática. Como escreveu Heidegger (2018, p. 31), “uma coisa é verificar opiniões dos filósofos e descrevê-las. Outra coisa bem diferente é debater com eles aquilo que dizem, e isto quer dizer, do que falam”.

Não encontramos respostas filosóficas “[...] através de enunciados históricos sobre as definições da filosofia, mas através do diálogo com aquilo que se nos transmitiu como ser do ente” (HEIDEGGER, 2018, p. 33). Assim, é tarefa hermenêutica desvelar a realidade de poder investida nas sociedades neoliberais atuais.

Se, conforma Stein (2014, p. 82), filosofar é “[...] perguntar em que constelação se situam as esferas individuais do mundo em cada momento histórico”, é possível afirmar – filosoficamente – que a psicopolítica que se mostra na atualidade como nova grande técnica de poder neoliberal é fruto do recorte histórico-temporal no qual o mundo está inserido.

Tal afirmação corrobora com a ideia de uma real investigação filosófica no modelo heideggeriano. Para Heidegger (2018, p. 17), uma investigação filosófica “é carregada de historicidade, é historial, quer dizer, carrega em si um destino, nosso destino”. Aliado a isso, especificamente no parágrafo 65 de *Ser e Tempo*, Heidegger colaciona à historicidade a (investigação da) temporalidade – no termo original, *Zeitlichkeit* – como o sentido do ser do *Dasein*.

Bem, mas como isso tudo se conecta? Como poder, atualidade, sociedade, *Dasein*, historicidade, temporalidade e existência se relacionam? A resposta é relativamente simples.

Consoante já dissera Heidegger (2018, p. 47) sobre a complexidade de todas as relações que envolver Ser e Tempo, “o sendo-ser torna-se, de múltiplos modos, fenômeno.”

Desse modo, é possível pensar as técnicas neoliberais de poder, sob a fenomenologia hermenêutica, enquanto um resultado biopolítico da sociedade contemporânea na medida em que somos ser-em, seres-no-mundo. O nosso ser-aí, o ser lançado no mundo sem qualquer indagação prévia foi jogado em uma temporalidade que constrói o poder de modo psicopolítico. A historicidade do fenômeno do poder, notadamente tratada à primeira seção deste trabalho, construiu pilares que edificaram o que se tem hoje em termos de poder na sociedade neoliberal.

A compreensão da realidade, sob o enfoque fenomenológico-hermenêutico, pressupõe entender Ser e mundo em uma perspectiva de unicidade, enquanto bases desveladoras do próprio ser-aí, do próprio Dasein. Sobre isso, Heidegger (2000, p. 355) brilhantemente nos ensinou que

A compreensão do mundo enquanto compreensão do Dasein é compreensão de si mesmo. O eu e o mundo se co-pertencem mutuamente em um único ente, o Dasein. Eu e mundo não são dois entes, como sujeito e objeto, tampouco como eu e tu; antes, eu e mundo são, na unidade da estrutura do ser-no-mundo, as condições fundamentais do próprio Dasein.

“O compreender hermenêutico é aquele que, ao contrário da reflexividade, acompanha o acontecer que se realiza” (SEIBT, 2012, p. 90). É nesse acontecer, nessa existência que vai se desvelando ao longo do caminho, que se re-descobre e se re-significa a cada realização que o compreender hermenêutico surge.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a grande indagação conceitual paire sob as investigações filosófico-sociais desde que o fenômeno do poder passou a ser percebido e estudado, é possível desfrutar de muitas teorias complexas acerca da sua manifestação e transmutação ao longo do tempo.

A primeira expressão de poder construída na linha temporal desse tema é o poder soberano. Nesse contexto, tal poder se exprime como poder de vida e morte. Embasado em conceitos políticos importantes como soberania e estado de exceção – onde o soberano estaria, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, podendo suspendê-lo legitimamente em caso de necessidade –, o poder soberano desempenha um papel importantíssimo na construção desse fenômeno.



Ainda que tenha persistido por muito tempo, a complexidade das relações sociais e estatais sugeriu uma reconfiguração na estrutura de poder, notadamente no início do século XIX. O poder soberano se torna insuficiente e incapaz de organizar a esfera social num contexto caracterizado pela crescente industrialização e explosão demográfica típicas desse período histórico.

Surge, então, um poder que se exerce positivamente sobre a(s) vida(s) – em toda suas performances. No biopoder, a vida passa a ser regulante e instruída como elemento onde diretamente incide o poder e, mais do que isso, como um mecanismo do poder, que agora é positivo. Disciplinarmente, o corpo ganha relevante notoriedade. O poder passa a ser exercido não mais negativamente, mas sim de maneira positiva. Nessa relação tríade entre vida, poder e capitalismo é que a biopolítica exerce suas mais notáveis ações.

Ato contínuo, na segunda seção, a pesquisa investigou a exploração da liberdade como poder inteligente, centrando-se nas silenciosas e afáveis novas técnicas de poder neoliberais sob um enfoque fenomenológico-hermenêutico. Destarte, deu-se de modo conjunto a compreensão acerca da psicopolítica na sociedade neoliberal e dos ideais fenomenológico-hermenêuticos aplicados ao tema discutido.

Depreendeu-se que na sociedade neoliberal, as coações externas – do poder – se dissolvem e, em seu lugar, surgem as coações internas. Nessa mudança de paradigmas, a própria liberdade do sujeito se mostra como fio condutor dessas coerções, que frequentemente assumem materialidade em forma de metas de desempenho e otimização de tempo de trabalho. O poder contemporâneo se manifesta onde parece ausente. O neoliberalismo institui(u) as atuais técnicas de poder para que este atue de modo mais disfarçado possível.

Sem dúvidas, a atuação dessa forma de poder parece preocupantemente perigosa. Sabe-se que, com apoio na história, quanto mais um poder necessita reafirmar-se, mostrando à sociedade do que é capaz, mais enfraquecido e desgastado está. Da mesma maneira, estar sob a égide de um poder que atua silenciosamente – e, por isso, tão potente – é fazer com que, por meio do estímulo positivo – que, geralmente, se apresenta de modo muito afável –, corra-se o risco de ser dominado.

Ao tentar, com bases na filosofia hermenêutica, conectar poder, atualidade, sociedade, Dasein, historicidade, temporalidade e existência, responde-se ao problema de pesquisa anteriormente levantado. É possível pensar as técnicas neoliberais de poder, sob a fenomenologia hermenêutica, enquanto um resultado biopolítico da sociedade contemporânea



na medida em que somos ser-em, seres-no-mundo. O nosso ser-aí, o ser lançado no mundo sem qualquer indagação prévia foi jogado em uma temporalidade que constrói o poder de modo psicopolítico. A historicidade do fenômeno do poder, notadamente tratada à primeira seção deste trabalho, construiu pilares que edificaram o que se tem hoje em termos de poder na sociedade neoliberal.

A compreensão da realidade, sob o enfoque fenomenológico-hermenêutico, pressupõe entender Ser e mundo em uma perspectiva de unicidade, enquanto bases desveladoras do próprio ser-aí, do próprio Dasein. É nessa límpida e estreita conexão que a filosofia repousa.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: poder soberano e vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AYUB, João Paulo. **Introdução à analítica do poder de Michel Foucault**. São Paulo: Intermeios, 2014.

BARACUHY, Regina; PEREIRA, Tânia Augusto. A biopolítica dos corpos na sociedade de controle. **Revista Gragoatá**, vol. 18, n. 34, p. 317-330, 2013. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/gragoata/article/view/32974/18961>. Acesso em: 05 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 7. ed. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e Guilhon Albuquerque. 22. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018a.

HAN, Byung-Chul. **O que é poder?** Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte, Âyiné: 2018b.



HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Los problemas fundamentales de la fenomenología**. Tradução de Juan José Norro. Madrid: Trotta, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – A filosofia?** Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2018.

PELBART, Peter Pál. Biopolítica. **Revista Sala Preta**, Universidade de São Paulo – USP, vol. 7, p. 57-66, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/salapreta/article/view/57320>. Acesso em: 05 mar. 2021.

REVEL, Judith. Nas origens do biopolítico: de Vigiar e Punir ao pensamento da atualidade. In. GONDRA, José; KOHAN, Walter Omar. **Foucault 80 anos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEIBT, César Luís. Heidegger: da fenomenologia reflexiva à fenomenologia hermenêutica. **Revista Princípios**, vol. 19, n. 31, p. 79-98, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/7494>. Acesso em: 10 mar. 2021.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.



# CAPÍTULO 3

## INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ESTADO, TRIBUTOS E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS JUSNATURALISTAS

**Ederson Rabelo da Cruz**, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB  
**Guilherme Ramos de Moraes**, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB. Advogado  
**Luan Christ Rodrigues**, Doutorando em Direito, Estado e Constituição, UnB. Professor,  
Universidade do Estado de Mato Grosso  
**Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues**, Mestrando em Direito, Estado e Constituição, UnB.  
Assessor no Gabinete da Procuradora-Geral do Distrito Federal

### RESUMO

Esta pesquisa tem por objeto estudar os motivos pelos quais a consolidação de Direitos Fundamentais, na concepção jusnaturalista, pode depender tanto da criação e arrecadação de tributos quanto da lógica que justifica a violência/poder legítimo estatal. Utilizando-se o método de abordagem hipotético dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, analisa-se os aspectos convergentes e problemáticos da interdependência entre o Estado, os tributos e os Direitos Fundamentais a partir das justificativas jusnaturalistas para a criação e manutenção do Estado dentro da aparente configuração do “problema do poder”. Conclui-se que não há como conceber o exercício dos clássicos direitos naturais e os novos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal sem a instituição de tributos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; Tributos; Direitos Fundamentais; Jusnaturalismo.

### INTRODUÇÃO

Em 1775, John Hancock era o primeiro integrante do Congresso da Filadélfia a assinar a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Naquele momento, os congressistas pareciam justificar os meios violentos de uma “autoridade mística” fundadora (*gewalt*) nos fins pretensamente justos daquela “revolução” (garantia de direitos naturais). O “problema do poder” (VAZ, 2002, pp. 206-207) e o paradoxo entre direito e violência (*to enforce the law*) ganhava, em 1775, um novo capítulo na história constitucional: a violência fundadora do poder constituinte originário rompia com a ordem jurídica outrora vigente para criar um novo Estado com o objetivo expresso de assegurar direitos naturais.

Esse momento constitucional “místico” de fundação de um novo Estado é propício para entender a legitimidade e a necessidade dos tributos em uma lógica jusnaturalista. Partindo da criação do Estado estadunidense — que dispôs originariamente a competência do Congresso em instituir e arrecadar impostos e tributos —, o presente artigo busca exemplificar essa lógica



que justifica essa violência/poder legítimo estatal na criação e arrecadação de tributos. Ao fim e a cabo, pretende-se demonstrar que há uma interdependência entre Estado, tributos e a efetividade de direitos fundamentais.

Assim, o seguinte problema foi proposto para investigação: Tendo em vista a interdependência entre Estado, tributos e direitos fundamentais, por que os direitos fundamentais, na lógica jusnaturalista, dependem de tributos?

Desse modo, se não há tributos sem Estado, é necessário inicialmente perquirir, no Capítulo I, as justificativas jusnaturalistas para a criação do Estado. Por outro lado, se não há Estado sem tributos, no Capítulo II, este artigo demonstra como o aparente paradoxo da configuração do “problema do poder”, na lógica jusnaturalista, reverbera na instituição de tributos: o mesmo Estado que surge para garantir direitos (praticar o bem), paradoxalmente, está legitimado para constranger o direito natural de propriedade (instituir tributos).

O artigo demonstrará, ainda no Capítulo II, que a lógica jusnaturalista se apoiará na doutrina da separação dos Poderes e no “consentimento” do povo, por meio do Poder Legislativo, para superar esse aparente paradoxo. Por fim, no Capítulo III, este artigo demonstra que esse “consentimento” é continuamente ressignificado: contemporaneamente, com o escopo de garantir maior participação política do cidadão e maior legitimidade democrática na alocação de créditos orçamentários, há formas alternativas de controle social na destinação dos tributos, como a figura do Orçamento Participativo. Além disso, a própria contradição jusnaturalista na instituição de tributos também se ressignifica: mais do que questionar a simples legitimidade na instituição de tributos, questiona-se a própria isonomia da carga tributária brasileira.

## **1. LÓGICA JUSNATURALISTA NA CRIAÇÃO DO ESTADO: O CONTRATUALISMO PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE NATUREZA**

Em uma lógica jusnaturalista, a justificação de um Estado expressamente inter-relaciona conceitos metafísicos (estado de natureza, contrato social e sociedade civil). Na verdade, desde a antiguidade, houve quem atribuísse a própria vivência em sociedade civil como inerente à natureza humana. Ocorre que, ainda que o ser humano fosse voltado, naturalmente, à vivência comunitária, essa mesma vivência torna possível a existência de conflitos sobre recursos escassos ou em razão de interesses divergentes dos indivíduos, o que pode levar à autodestruição da sociedade (PRZEWORSKI, 1999, p. 326). A solução para esse problema, segundo Przeworski (1999, p. 326), seria o Estado. Assim, o Estado surge para *superar* esse



estado de natureza, entendido como a vivência social sem um poder comum e superior aos indivíduos singularmente considerados (HOBBS, 2014, p. 164; pp. 178-179; p. 216).

Hobbes está entre os que defenderam a existência do Estado para assegurar a superação do estado de natureza. Olhando para dentro do ser humano, sob a premissa *nosce te ipsum*, seria possível identificar as *paixões* humanas e compreender o que todos pensam em circunstâncias idênticas. A partir dessas paixões, Hobbes (2014, p. 163) identifica, na natureza do homem, três causas principais da discórdia: a competição, a desconfiança, e a glória. Assim, no estado de natureza, os homens estão na “guerra de todos contra todos” (HOBBS, 2014, p. 164). Para que haja a paz, os humanos devem renunciar ao direito de se governar por sua própria razão, transferindo toda a sua força e poder a apenas uma pessoa, ou a uma assembléia (HOBBS, 2014, p. 216), na expectativa de ter outro direito ou interesse (segurança ou abrigo, por exemplo) transferido reciprocamente. Essa multidão condensada em uma única pessoa é chamada de Estado; trata-se do grande Leviatã, que tem direito e força suficiente para impor o contrato social (HOBBS, 2014).

Por outro lado, Locke (1994, p. 36) entende que o estado de natureza seria de liberdade e não se confundiria com permissividade. Apesar de não ser um estado de autodestruição, como defendido por Hobbes, o estado de natureza possui o inconveniente de que cada um julga em causa própria (LOCKE, 1994, p. 59). Para superá-lo, o ser humano opta por viver em sociedade abrindo mão, voluntariamente, de seu direito natural de punir o injusto, transferindo essa autoridade para a comunidade (LOCKE, 1994, p. 58). E é somente nessa situação que existe, para Locke (1994, p. 58), sociedade política ou civil.

Já em Rousseau, o contrato social supera o estado de natureza por desenvolver uma associação humana capaz de proteger os associados e suas propriedades e na qual, ao mesmo tempo, todos permanecem tão livres quanto estavam no estado de natureza (ROUSSEAU, 2014, p. 30). Entende, ainda, que a maioria obriga todos os demais, mas não pode relativizar a vontade da minoria em absoluto, uma vez que há a necessidade de atentar para os direitos essenciais estabelecidos no contrato social. (ROUSSEAU, 1973, p. 124). O contrato social inaugura, ainda, alguns indicadores abstratos: a) uma troca de um modo de viver incerto e precário no estado de natureza, por outro melhor e mais seguro por efeito deste pacto; b) instaura a condição metafísica de deixar de prejudicar outrem, ambicionando alcançar uma espécie de “purificação moral do indivíduo” (CASTRO, 2012, p. 114); c) retira dos cidadãos a faculdade de agir mediante o emprego da força e a transfere para o governo civil em prol da uma união social



permeada pela segurança e a liberdade convencional (CASTRO, 2012, p 114; ROUSSEAU, 1973, p. 27).

Mesmo sob essas perspectivas contratualistas, o Estado surge não apenas para conter as limitações do estado de natureza, mas também para incrementar a qualidade de vida dos indivíduos. Estabelecida essa premissa, entre as diversas doutrinas finalistas do Estado, a teoria eudemonista utilitária expõe que o Estado tem por objetivo supremo a promoção do bem-estar do indivíduo e a utilidade comum (JELLINEK, 2000, p. 244), tornando-se, portanto, garantidor de direitos fundamentais por meio de ações positivas.

Ocorre que essa ação gera custos econômicos (PEREIRA, 2002, p. 149), sendo possível concluir que esses direitos, além de dependerem do Estado, impõem exigências ao erário. Até os mais clássicos direitos naturais (*eg.*, propriedade, liberdade contratual) dependem do tesouro público e geram custos (*cost of rights*): “o direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que uma habitação decente” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 5). O custo de qualquer direito individual ou social implica a necessidade tributária e arrecadatória do Estado, de modo que este passa a exercer o monopólio do uso da força (violência), por meio de uma atividade administrativa plenamente vinculada, para constranger a propriedade da sociedade civil com o escopo de garantir direitos individuais e sociais desta.

## **2. O PODER LEGISLATIVO E O “CONSENTIMENTO” DA SOCIEDADE CIVIL COMO SUPERAÇÃO DA CONTRADIÇÃO JUSNATURALISTA NA INSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS**

Uma vez justificada a necessidade de criação do Estado, à luz dos pressupostos jusnaturalistas, verifica-se a emergência de uma nova configuração ao “problema do poder”, que é revelada por uma aparente contradição. Isso porque a supremacia de uma autoridade que deseja o bem (*eg.*, como garantir direitos naturais) pode, paradoxalmente, constranger direitos naturais do próprio indivíduo e praticar a violência (CASTRO, 2012, pp. 113-114).

Essa contradição é exemplificada pela própria instituição dos tributos: ao mesmo tempo que os contratualistas consideram legítima a instituição destes (necessários ao Estado na prestação de serviços públicos e na garantia de direitos), os tributos representam uma interferência direta ao direito natural de propriedade dos indivíduos. Essa contradição da leitura jusnaturalista do “problema do poder”, visualizada também na pretensão arrecadatória do



Estado, é enfrentada pela doutrina da separação dos Poderes estatais, mormente diante da função do Poder Legislativo.

Nuno Piçarra (1989, p. 33) observa que as origens da ideia da separação dos Poderes estão contidas no conceito de constituição mista de Aristóteles, em sua obra *A Política*. Nessa perspectiva, o filósofo grego, durante o período clássico da Grécia antiga, distinguiu três funções exercidas na *polis*, quais sejam a deliberativa, a executiva e a judicial. Porém, consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 68) “em nenhum momento ele [Aristóteles] recomenda a separação no exercício das três funções que identifica”.

Dessa maneira, essa doutrina da separação dos Poderes só ganha relevância a partir das obras de John Locke (*Two Treatises of Government*) e Montesquieu (*Défense de l'Esprit de loix, à laquelle ou a joint quelques éclaircissemens*). Locke (1998), por exemplo, afirma que o governo legítimo é baseado na ideia de separação de Poderes. Em primeiro lugar, está o Poder Legislativo: é supremo e tem autoridade final sobre “como a força para a comunidade deve ser empregada”. A legislatura está, ainda, vinculada à lei da natureza e muito do que faz é estabelecer leis que promovem os objetivos da lei natural, além de especificar punições apropriadas. O Poder Executivo é então encarregado de fazer cumprir a lei aplicada em casos específicos. Curiosamente, o terceiro Poder de Locke é chamado de “Poder Federativo” e consiste no direito de agir internacionalmente de acordo com a lei da natureza.

A seu turno, Montesquieu (1979) descreveu as várias formas de distribuição do poder político entre um Legislativo, um Executivo e um Judiciário. A perspectiva de Montesquieu sobrepõe a lógica de uma forma de governo cujos poderes não são centralizados em um único monarca ou governante semelhante. Montesquieu considerou que a República Romana tinha Poderes separados para que ninguém pudesse usurpar o poder completo. No sistema constitucional britânico, esse autor discerniu uma separação de Poderes entre o monarca, o parlamento e os tribunais. Assim, haveria um sistema de freios e contrapesos segundo o qual cada função estatal limita a atuação das outras duas por mecanismos institucionais, o que cria um equilíbrio entre as três. Tal sistema tem a pretensão de impedir a supremacia de um Poder sobre o outro e, de tal forma, garantir a liberdade política.

Independentemente das considerações sobre a doutrina da separação dos Poderes nos autores contratualistas, é na representação da vontade popular no Legislativo que a lógica jusnaturalista busca enfrentar a aparente contradição na instituição de tributos: como o Estado, que deve buscar o bem comum e garantir direitos, pode constranger o indivíduo no seu direito



à propriedade? Nesse sentido, John Locke, que reconheceu um direito natural de propriedade e de herança, também defendia a legitimidade desse Poder para instituir impostos. Entre os quatro limites estabelecidos ao Poder Legislativo, que tinha a finalidade de instituir leis na busca do bem do povo (segundo limite), estava a prerrogativa de instituir, desde que com o consentimento dos representantes do povo, impostos sobre a propriedade. Esse *consentimento* do povo na instituição de impostos é reproduzido na Constituição dos EUA (cf. nota de rodapé 4) e, em alguma medida, na Constituição do Brasil. Apesar de no Brasil o Poder Executivo também legislar sobre direito tributário, alterando alíquotas e instituindo impostos por decreto e/ou medida provisória, respectivamente, esse “consentimento” permanece, sobretudo diante da constitucionalização de limitações ao poder de tributar do Estado (seja por iniciativa do Poder Executivo, seja por iniciativa do Poder Legislativo).

### 3. A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ESTADO, TRIBUTO E DIREITO FUNDAMENTAL

Esse “consentimento” (ou a falta dele) na instituição dos tributos foi a justificativa de inúmeras insurreições no século XVIII. Em paralelo à experiência de independência estadunidense — na qual a pretensão arrecadatória da Inglaterra também representava uma das principais causas do conflito com as 13 (treze) colônias, à luz da concepção de John Locke celebrenemente difundida pelo “*no taxation without representation*” —, nesse período a colônia brasileira também apresentava insatisfações e insurreições em relação à pretensão arrecadatória de Portugal. A Inconfidência Mineira, por exemplo, foi uma insatisfação tributária, influenciada ideologicamente por esses ideais jusnaturalistas difundidos à época nos EUA e na Europa.

Esse “consentimento” clássico é continuamente resignificado. Rousseau, por exemplo, já buscava maneiras de subordinar a representação parlamentar à soberania do povo, como um mecanismo da democracia direta, com vistas a reduzir os poderes do Estado (CABRAL; CAVALCANTI & VIANNA, 2009, p. 231). No entanto, Rousseau tem ciência de que as facções e associações ou sociedades parciais podem ir de encontro à manifestação da vontade geral e ao encontro do fortalecimento da opinião particular. Assim, é necessário estabelecer alguma maneira de os cidadãos cooperarem com a concretização do contrato social firmado (ROUSSEAU, 1973, p. 28-42). A partir desse pressuposto da cooperação, Rousseau considera que a participação política de cada cidadão, para além do voto, representa um poder individual na condição de participante na autoridade soberana, na qual converge para justificar a



importância do Estado moderno como mediador da ordem social (BAQUERO et al., 2005, p. 99).

No cenário contemporâneo, é possível analisar formas alternativas de participação política na conjectura dessa cooperação, para além desse “consentimento” clássico expresso pelo Poder Legislativo. O Orçamento Participativo em Porto Alegre, por exemplo, é uma dessas formas alternativas de controle social sobre a destinação dos impostos no início do século XXI (BAQUERO et al., 2005, p. 122).

Na visão de Rousseau, é importante identificar os caminhos que os impostos têm de percorrer antes de voltar às mãos de onde saíram (ROUSSEAU, 1973, p. 96). Isso se perfectibiliza desde o momento em que o contribuinte paga os seus impostos até a circulação rápida e posterior alocação de recursos escassos diante de necessidades ilimitadas. Rousseau prossegue afirmando que mesmo que o cidadão contribua pouco, quando este pouco é desviado de sua finalidade, a tendência é a de que o indivíduo pare de contribuir (ROUSSEAU, 1973, p. 98). Se extrai ainda desse pensamento rousseauiano que também pode haver uma perda de interesse em participar politicamente pela “crise de legitimidade dos regimes democráticos” (BAQUERO, 2004, p. 202). Consequentemente, Rousseau entende que aumenta a distância do governo ao povo, bem como ficam mais onerosos os tributos (ROUSSEAU, 1973, p. 96).

Verifica-se que os pressupostos jusnaturalistas convergem com os resultados da referida pesquisa sobre Orçamento Participativo em Porto Alegre, isso porque se verificou que os cidadãos entrevistados entendiam que a maior parte da arrecadação de impostos é desviada por corrupção, bem como que havia desconfiança nos moldes da arrecadação, pois os entrevistados afirmaram que a maior parte do povo sonega impostos ou não os paga em dia (BAQUERO et al., 2005, p. 122).

O exercício da função de governo, sobretudo, no estabelecimento de diretrizes para a atuação do poder público, perpassa pela responsabilidade legal de planejar políticas públicas a serem implementadas. Sua execução envolve, desde a edição de normas legais e regulamentares até a prestação substantiva de serviços públicos, o que requer a alocação e dispêndio de recursos financeiros. Portanto, tais direitos fundamentais são potenciais e em via de se tornarem concretos (RAMOS, 2007, p. 337).



## CONCLUSÃO

A mesma lógica jusnaturalista que justifica a criação do Estado com conceitos metafísicos (estado de natureza, contrato social e sociedade civil) também endereça a aparente contradição na instituição de tributos (separação dos Poderes e legitimidade do Poder Legislativo). Ao final, verifica-se que o Estado e a própria concretização de direitos fundamentais depende desses tributos, os quais precisam cada vez mais serem estudados dentro da política tributária brasileira, especialmente no Brasil que tem a segunda maior concentração de renda do mundo, conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano da Organização das Nações Unidas (PNUD, 2019).

Entende-se que a concentração de renda acaba não sendo compatível com os primados de liberdade e igualdade de oportunidades pelos quais se espera de um regime democrático. Não se pode naturalizar o entendimento de que a desigualdade social seja encarada como algo irremediável (VALLE, 2018, pp. 285 e ss.). Há alternativas que podem ser adotadas para a modificação dessa realidade brasileira como, por exemplo, o imposto de grandes fortunas.

No plano legislativo, existem diversos projetos de lei relativos ao imposto sobre grandes fortunas, tais como o PLS 162/1989 de autoria do Fernando Henrique Cardoso, o PLP 277/2008 criado pela Luciana Genro, bem como o PLS 139/2017 de autoria da Vanessa Grazziotin. Já no judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, foram levados ao STF, no plano difuso, o Mandado de Injunção n.º 6.389 – negado provimento –, bem como, no plano concentrado, a ADI n.º 2010/DF – extinta sem resolução de mérito –, e a ADO n.º 55 ainda tramitando.

O fundamento central das ações denegadas é no sentido de que a União não é obrigada a instituir tributos, tendo em vista que a competência tributária estabelecida pela Constituição Federal é facultativa e não existe prazo para o seu exercício. O que isso demonstra? Leva-nos a pensar que a regulamentação da tributação sobre grandes fortunas deve resultar unicamente do interesse do Ente Federativo.

Portanto, ao fim, verifica-se que não há como conceber o exercício dos clássicos direitos naturais, na contemporaneidade, e os novos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal sem a instituição de tributos. Dado que a efetividade de direitos fundamentais pressupõe a existência do Estado (como condição necessária); e o Estado necessita de tributos para concretizá-los (também como condição necessária), então, a efetividade dos direitos fundamentais está diretamente relacionada à arrecadação tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. [S. l.: s.n], s. d. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf> . Acesso em 1º de nov. de 2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 1. ed. São Paulo: Lafonte, 2020.

BAQUERO, Marcello. Capital social como caminho alternativo na construção democrática: reflexões sobre o Brasil. In: NAZZARI, R. K. (Org.). **Temas de ciência política: teoria do conhecimento, teoria política e comportamento político**. Cascavel: Edunioeste, 2004, pp. 193-221.

BAQUERO, Marcello; SCHNEIDER, Aaron; LINHARES, Bianca; ALVES, Douglas Santos; PEREIRA, Thiago Ingrassia. Bases de um novo contrato social? Impostos e Orçamento Participativo em Porto Alegre: **Opinião Pública**, Campinas, v. 11, n. 1, mar. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/325vBaj>. Acesso em: 27 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

CABRAL, Marta de Pina; CAVALCANTI, Maria de Lourdes; VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. Participação em saúde: do que estamos falando? **Sociologias**, Porto Alegre, v. 11, n. 21, p. 218-251, 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222009000100010](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222009000100010). Acesso em: 27 out. 2020.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Brasília: Senado Federal, 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida**. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, v. 1, p. 1, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Peronde-Moisés. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

DUNN, John. **Locke: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2013.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. Tradução de Jackson Pierre de Andrade e Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Coleção Os Pensadores. (1º volume). 4ª Edição, Nova Cultural, 1988.



HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **O custo dos direitos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000.

LLOYD, Sharon A.; SREEDHAR, Susanne. **Hobbes's Moral and Political Philosophy**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/hobbes-moral/> . Acesso em 1º de nov. de 2020.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed, rev. e atual. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Citizenship and Res Publica: The Emergence of Republican Rights. **Citizenship Studies**, v. 6, n. 2, p. 145-164, jul. de 2002.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: Além do rendimento, além das médias, além do presente: Desigualdade no desenvolvimento humano no século XXI**. 2019. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf). Acessado em: 01 nov. 2020.

PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o Cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. (Orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Editora da UNESP, 1999.

PRZEWORSKI, Adam; WALLERSTEIN, Michael. Structural Dependence of the State on Capital. **American Political Science Review**, v. 82, n. 1, p. 11-29, março de 1988.

RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67758-89188-1-pb.pdf> . Acesso em 1º de nov. de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Tradução de Mário Franco de Sousa. Lisboa: Editorial Presença, 1973.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Tradução de Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.



ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Ridendo Castigat Mores ed., 1754. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> . Acesso em 2 de nov. de 2020.

TUCKNESS, Alex. Locke's Political Philosophy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/locke-political/>. Acesso em 27 de out. de 2020.

VALLE, Gabriel Arbex. **Imposto sobre grandes fortunas**: análise em face das peculiaridades da realidade brasileira. 2018. 318 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VANONI, E. **Natura ed interpretazione delle leggi tributarie**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1961.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e direito**. Cláudia Toledo e Luiz Moreira (Orgs.). São Paulo: Landy Editora/Edições Loyola, 2002.



# CAPÍTULO 4

## A CONCEPÇÃO DE PESSOA: UM OLHAR A PARTIR DO PARADIGMA LIBERAL

**Elnora Gondim**, Professora UFPI, Doutora em Filosofia  
**Tiago Tendai Chingore**, Universidade Licungo, Moçambique, Doutor em Filosofia

### RESUMO

O presente artigo pretende debruçar sobre *a concepção de pessoa: um olhar a partir do paradigma liberal*, buscando explorar suas influências e contributos para o tema em âmbito da antropologia filosófica. Os liberais reconhecem uma significação moral às instituições políticas no sentido de sua única finalidade legítima que é assegurar a todos de uma sociedade uma máxima autonomia e igualdade. A tese liberal concebe os indivíduos como anteriores ao Estado, cabendo a este, principalmente, assegurar suas liberdades privadas e agregar os diversos interesses e expectativas para a gestão do espaço público. Além disso, os liberais assumem como ponto de partida uma visão individualista da sociedade e identifica a liberdade como um valor pertencente à esfera privada. A liberdade do homem lhe é naturalmente dada. Portanto, o estado liberal deve ser neutro nas suas finalidades em relação a qualquer concepção de bem. Os liberais tendem a valorizar a liberdade e os direitos individuais: as diferenças. O objectivo deste trabalho é de investigar como os liberais concebem a ideia do homem. Trata-se de uma pesquisa teórica qualitativa fundamentada nos aportes teóricos de John Rawls; Charles Larmore; Jürgen Habermas, e alguns filósofos comunitários como Alasdair MacIntyre que trata dessa temática. A partir das análises feitas, constatou-se que em Filosofia nenhuma expressão tem um sentido unívoco. A ideia de homem, por exemplo, por si só, não tem um sentido preciso. Para tanto, temos que falar de qual homem tentaremos compreender aqui. Ele é, mais precisamente, aquele vocábulo utilizado no liberalismo. Além disso, constatou-se que na teoria liberal o poder de coação exercido pelo Estado deve poder ser reconhecido como legítimo por aqueles sobre os quais o poder é exercido. O estado liberal deve conseguir suscitar junto do cidadão um sentido específico de justiça que lhe permita reconhecer como politicamente aceitável uma decisão, mesmo que ela não encontre lugar no horizonte da sua moral pessoal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberalismo. Homem. Pessoa. Liberdade e Autonomia.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa visa debruçar sobre *a concepção de pessoa: um olhar a partir do paradigma liberal*, buscando explorar suas influências e contributos para o tema em âmbito da antropologia filosófica. Entretanto, importa referir que “Somos pessoas”. É o que procuramos afirmar ao iniciar este trabalho. Dignidade e respeito nos são caros e necessários para o nosso quotidiano. Por isso, sem eles, parece-nos impossível conceber um mundo moral que tanto almejamos.

O objectivo deste trabalho é de investigar como os liberais concebem a ideia do homem. Trata-se de uma pesquisa teórica qualitativa fundamentada nos aportes teóricos de John Rawls;



Charles Larmore; Jürgen Habermas, e alguns filósofos comunitários como Alasdair MacIntyre que trata dessa temática.

Os liberais reconhecem uma significação moral às instituições políticas no sentido de sua única finalidade legítima que é assegurar a todos de uma sociedade uma máxima autonomia e igualdade. A tese central defendida pelos liberais é de conceber os indivíduos como anteriores ao Estado, cabendo a este, principalmente, assegurar suas liberdades privadas e agregar os diversos interesses e expectativas para a gestão do espaço público.

O homem tem uma tendência espontânea para investigar, descobrir e sistematizar, enfim, conhecer o mundo no qual se encontra inserido, bem como sua própria natureza. Para ele o conhecimento de si e do mundo são coisas naturais e instintivas. No decorrer dos anos o homem foi obrigado a encontrar o seu lugar, e enquanto buscava com todas as forças a sobrevivência das espécies, nossos antepassados foram, gradualmente, levados a desenvolver estratégias que proporcionassem a preservação de suas próprias vidas.

Desse modo, no pensamento político contemporâneo, podemos encontrar várias interpretações, tanto do lado dos liberais como dos comunitaristas, sobre a noção de pessoa. Para ambas as partes, em termos gerais, uma sociedade só é justa se os membros que a compõem aí vivem livremente e, se a finalidade da actividade política for realizar a justiça em condições nas quais essa liberdade dos cidadãos é possível.

A partir das análises feitas, constatou-se que em Filosofia nenhuma expressão tem um sentido unívoco. A ideia de homem, por exemplo, por si só, não tem um sentido preciso. Para tanto, temos que falar de qual homem tentaremos compreender aqui. Ele é, mais precisamente, aquele vocábulo utilizado no liberalismo. Além disso, constatou-se que na teoria liberal o poder de coação exercido pelo Estado deve poder ser reconhecido como legítimo por aqueles sobre os quais o poder é exercido. O estado liberal deve conseguir suscitar junto do cidadão um sentido específico de justiça que lhe permita reconhecer como politicamente aceitável uma decisão, mesmo que ela não encontre lugar no horizonte da sua moral pessoal.

## **UM BREVE OLHAR SOBRE O LIBERALISMO**

O liberalismo e a democracia, junto com o socialismo e o comunismo, são as expressões que sintetizam a luta política dos séculos XIX e XX. Somente na segunda metade do século XIX em diante, os ideais liberais e democráticos fundiram-se e, com esta fusão, passaram a ser mal compreendidos. A grande conjuntura histórica que os ligou apagou suas respectivas

características e, mais ainda, suas linhas divisórias. Muitos a começar por Tocqueville, enfatizam o quanto a liberdade é secundária, quando não alheia, à lógica interna da ideia da democracia (SARTORI, 1994, p. 145). Contudo, Kelsen, que se encontra entre os vários teóricos, afirmou com segurança: “é o valor da liberdade, e não a igualdade, que vem em primeiro lugar na ideia da democracia” (SARTORI, 1994, p.146). Entretanto, existem mal-entendidos que surgem, pelo facto de que, às vezes, dizemos democracia para indicar “democracia liberal” e, outras vezes, para indicar apenas “democracia”.

O termo liberalismo, por sua vez, tem uma ampla significação. Então, temos que delimitar o sentido de tal palavra para que possamos entender o que ela significa. Para isso, utilizaremos a teoria Charles Larmore. Ele é um filósofo americano contemporâneo, cuja as suas ideias propostas tratam, mais precisamente, sobre as relações entre o desacordo razoável, o pluralismo e o liberalismo. Quanto à teoria de Larmore: “É a partir do intuicionismo racional ou, em termos mais precisos, de uma teoria da crença racional com justificações contextualistas, que devemos compreender a teoria política de Larmore” (FANTON, 2015, p. 176). Ele defende uma posição realista da moralidade.

Segundo Larmore, para desenvolver uma concepção viável do liberalismo político tem-se que entender a diferença entre o fato do desacordo razoável e do pluralismo. Ele argumenta, explicitamente, que em uma conjuntura de diversidade doutrinária, como a que está presente em muitas sociedades contemporâneas, a razão por si só não pode ser a base para um consenso sobreposto. Para corroborar com isso, Larmore afirma que sua concepção trata dos fundamentos morais subjacentes ao conceito de liberalismo político

Para tanto, no texto *Political Liberalism: Its Motivations and Goals*, Charles Larmore assegura que, nos últimos anos, o liberalismo político, entendido como uma forma distinta de teoria liberal e diferente do liberalismo clássico de grandes pensadores como Locke, Kant e Mill, tornou-se uma área vigorosa de reflexão filosófica.

Entretanto, aos olhos dos liberais, o humanismo cívico não é bem visto porque eles se baseiam numa compreensão perfeccionista da política. De acordo com isso, eles defendem que, se as sociedades modernas são pluralistas - são partilhadas por diferentes concepções de “vida boa”; conseqüentemente, se uma comunidade política quer devotar um respeito igual a todos os seus membros, ela não pode favorecer uma concepção particular de “vida boa”. Aqui, dá-nos a entender que esse raciocínio conduz à defesa de um Estado neutro.



A questão da neutralidade de Estado pode seguir uma posição liberal clássica, de acordo com a qual o Estado, abstém-se de qualquer intervenção nas concepções de bem desenvolvidas pelos indivíduos. Mas também pode originar a posição liberal moderna (como a de John Rawls), que reconhece a importância, para uma sociedade justa e estável, de uma cultura pública partilhada, incluindo certas ideias de bem (por exemplo, o Estado pode encorajar a prática de certas virtudes cívicas). Em suma, uma das discussões mais prementes no atual debate sobre a democracia é a da participação dos membros de cada comunidade na sua vida pública.

A concepção liberal defende que,

[...] uma vez que os cidadãos se vejam a si mesmos como pessoas livres e iguais, reconhecerão que para realizarem as suas diferentes convicções de bem necessitam dos mesmos bens primários – ou seja, os mesmos direitos básicos, liberdades e oportunidades - bem como dos mesmos meios destinados a todos os fins, como o rendimento, a riqueza e as mesmas bases sociais de auto-estima. (...) Segundo esta visão liberal, a cidadania é a capacidade de cada pessoa formar, rever e realizar racionalmente a sua definição de bem. (MOUFFE, 1996, p.84).

Assim sendo, na contemporaneidade, os princípios que norteiam a sociedade liberal tais como os princípios da liberdade de expressão e associação, igualdade perante a lei, direitos de participação política, são abstratos, isto é, não apelam para noções substantivas, específicas, do bem. Portanto, conforme a citação anterior, as pessoas devem entender que um povo é distinto de outros povos. Sendo assim, elas são unidas por um senso anterior de comunidade independente do reconhecimento desses princípios. É nesse sentido que a vida comum não pode ter como paradigma uma definição, culturalmente específica, do bem humano.

Para dar andamento ao debate, recordemos que,

Os liberais se preocupam em estabelecer a ideia de um homem livre, capaz de um senso de justiça que pode ser compreendido como uma convicção do cidadão acerca da obrigação da cidade de colocar a disposição de todo cidadão produtivo e cumpridor de seus deveres, os meios para que possa realizar seus deveres, os meios para que possa realizar seu plano de vida, desde que ele seja racional. (FELIPE, 1997, p.7).

Para Larmore, a principal ambição no liberalismo é encontrar a associação de princípios políticos, expressando certos valores morais fundamentais que, tanto quanto possível, pessoas razoáveis podem aceitar, apesar das diferentes visões sobre o bem e sobre a verdade religiosa que as divide. No entanto, não devemos esperar que os princípios do liberalismo se mantenham acima das mais diversas concepções de vida, porquanto o pluralismo é uma doutrina muito controversa. Contudo:

What is the relationship between moral pluralism and the political philosophy of liberalism? According to Charles Larmore, moral pluralism cannot provide a foundation for liberal politics. The reason is that the aim of liberalism is to find principles that all reasonable people would accept, regardless of their particular views concerning the good. Moral pluralism is far too controversial to be among those



principles; individuals may readily be regarded as reasonable, even though they reject the pluralist account of our moral universe. (GALSTON, 1999, p. 885)

Assim, conforme Galston, a posição de Larmore está muito em voga, pois ela combina o problema prático de chegar a um consenso com o teórico, isto é, com a tarefa de alcançar a justificação. Em relação a isso, Galston, então, pede que suponhamos que o pluralismo seja a mais adequada forma para dar conta da moralidade e que o liberalismo é semelhante em relação à teoria política. Seria estranho se eles não fossem coerentes entre si. O pluralismo poderia ser relacionado com os outros modos de política do que liberal, e o liberalismo pode ter espaço para visões morais além do pluralismo. No entanto, o pluralismo moral não deve afirmar algo que o liberalismo nega, ou vice-versa, pois embora a razoabilidade e a verdade sejam diferentes, isso não é argumento contra a relevância da verdade para justificação. Nesses termos, para Galston, a tese de Larmore é sustentável apenas quando não exista a lacuna entre o que é razoável e o que é verdade. No entanto, conforme Larmore, é mais provável que se valorize o pluralismo como uma verdade contestada e um objeto de desacordo razoável do que para ser um princípio orientador para o liberalismo.

Sendo assim, para Larmore, é importante admitir a diferença entre o pluralismo e a discordância razoável, porquanto este último tem uma relação com a base política do liberalismo, enquanto o pluralismo não possui. O problema, de acordo com Larmore, é que muitos teóricos confundem o fato do desacordo razoável com a noção de pluralismo. Nessa perspectiva, Larmore define o pluralismo como a convicção de que, no final, o bem humano não é um, mas muitos, suas diferentes formas são irreduzíveis a qualquer base única como, por exemplo, ao prazer.

Once we consider pluralism as fundamentally a doctrine about the multiple sources of value, we can see that value conflict can have a special significance for the pluralist, not because of its prevalence, but because of its frequent difficulty, and this because of its ultimate explanation. (LARMORE, 1994, p. 65)

Nessa perspectiva, o pluralismo difere do fato do desacordo razoável, pois o pluralismo é um acordo sobre o valor independente e igual de diferentes ideais. Nesse sentido, a expectativa de desacordo razoável é, na verdade, uma visão mais perturbadora do que o pluralismo. Em outras palavras, isso significa que o reconhecimento de que, em questões de suma importância, a razão não é provável para unir algo, mas tende a afastá-lo. Assim:

Bernard Williams (1981), Charles Larmore (1987), John Kekes (1993), Michael Stocker (1990 and 1997), David Wiggins (1997) have all argued that there are at least some genuinely irresolvable conflicts between values, and that to expect a rational resolution is a mistake. Mason, Elinor.  
<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism/>

Nessa perspectiva, segundo Larmore, uma concepção de liberalismo, que tem o pluralismo como preocupação fundamental, é uma doutrina muito controversa, porquanto ao confundir o fato de desacordo razoável com a noção de pluralismo, os teóricos falham em abordar a realidade do conflito da moral moderna e impedem a possibilidade de desenvolver uma concepção de justiça que conceda o grau apropriado de respeito a todos os indivíduos.

Portanto, o liberalismo não deve ter como base uma aceitação do pluralismo, mas isso não é porque o pluralismo é uma forma de erro do qual o liberalismo faria melhor para se libertar. Pelo contrário, o pluralismo é algo que deveríamos aceitar. No entanto, isso é uma verdade sem relevância para o liberalismo, e, de fato, é uma doutrina em cuja verdade ou falsidade o liberalismo não precisa se pronunciar. A associação equivocada entre liberalismo e pluralismo ocorre porque o pluralismo não foi adequadamente distinguido de uma ideia que se encontra no cerne da autocompreensão do pensamento liberal. (YOUNG, 2002, p. 53)

Nesse sentido, Larmore acredita que a associação do pluralismo com o liberalismo é mal concebida, porquanto a concepção do pluralismo é moderna. Ela pertence a uma visão de mundo desencantada que se vê como tendo abandonado o conforto de encontrar na harmonia do cosmos ou na ordem providencial de Deus do mundo a última fonte de valor. “Larmore has been the principal champion of the concept of political liberalism, producing a noteworthy quantity of analysis directly devoted to developing a viable conception of political liberalism”. (LARMORE apud YOUNG, 2012, p.68). A alegação de Larmore é que o conceito de desacordo razoável e o ideal correspondente de tolerância não fazem sentido sob uma visão monista da boa vida.

Em seus escritos sobre filosofia política, Locke externou grande preocupação com a possibilidade de alguém integrar o domínio de outrem. Assim a sua clássica afirmação: “Cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem direito senão ele mesmo.” (2003, p. 38). E mais: “Todo homem nasce com dois direitos básicos: primeiro, o direito à liberdade para a pessoa, sobre a qual ninguém mais goza de poder, cabendo só a ele próprio dispor dela livremente” (2003, p. 131). Ao mesmo tempo em que pretende afirmar a intangibilidade da pessoa, Locke reafirma a distinção deste conceito em relação ao conceito de homem.

O “homem nasce com direito à liberdade de sua pessoa”. A pessoa, porém, não nasce com o “homem”. A qualidade de pessoa deve ser adquirida; é um *status* a ser alcançado. O homem desenvolve-se para a pessoa; do ser humano passa-se ao ser inteligente, racional e



responsável, que se reconhece como um "si mesmo" em diferentes tempos e lugares. Do homem chega-se à pessoa responsável por seus atos e que, como tal, se reconhece no presente e no passado e da mesma forma é reconhecida por outras pessoas.

## A PESSOA DESCOMPROMETIDA E ATOMATIZADA DO LIBERALISMO

O debate contemporâneo entre filósofos liberais e comunitaristas parece polarizar-se em torno de outra, não menos importante, oposição: indivíduo *versus* comunidade. As teorias políticas liberais são inseparáveis do individualismo moderno ao valorizarem o indivíduo em relação ao grupo social e por se oporem às visões coletivistas da política que tendem a valorizar o grupo social e não o indivíduo.

Max Scheler (2003), entende que “o ser humano é uma síntese de várias dimensões, desde as esferas naturais até a espiritual; é espírito que se move entre as esferas do ser; é um *microcosmo* que compartilha as diversas camadas da realidade do mundo; é o único ser que pode chegar a ser pessoa, por isso é *microtheos*”.

Portanto, desde a esfera do mundo material inanimado, a esfera atômica, passando pela estruturação orgânica da matéria que perfaz a vida, as dimensões vitais vegetativas e anímicas, a vida psíquica emocional, a dimensão afetiva valorativa, culminando na ligação de todos os elementos vitais à esfera espiritual e no vínculo entre o espírito humano singular com o espírito absoluto supra singular, fundamento de todo ser, tudo isso constitui as diversas esferas microcósmicas da pessoa humana. O ser humano é espírito livre que transita pelas esferas da vida como centro de vontades, intenções, valorações e atos.

Desde a perspectiva da ideia de pessoa proposta por Locke e, até hoje, recorrentemente examinada em filosofia, refere-se que é: “um ser pensante, inteligente, dotado de razão e reflexão, e que pode considerar-se a si mesmo como um eu, ou seja, como o mesmo ser pensante, em diferentes tempos e lugares” (LOCKE, 2003, p. 318). A conceituação de pessoa proposta por Locke concede destaque, portanto, à autoconsciência, à capacidade de “reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora, sobre ela, no presente” (Idem, 1986, p. 318). Seguindo na mesma perspectiva, Locke distingue os conceitos de “homem” e de “pessoa”. Para ele, a identidade de um homem é nada mais que “a participação da mesma vida, continuada por partículas de matéria constantemente fugazes e que, nesta sucessão, estão vitalmente unidas ao mesmo corpo” (LOCKE, 2003, p. 314).

No entanto, podemos perceber que a identidade do homem, em nada pode ser radicada que não naquilo em que vem radicada nos demais animais, ou seja, “em um corpo adequadamente organizado em um instante qualquer”. O homem, desse modo, é um organismo biológico; é um corpo. Por isso, para ele, nascemos homens. Podemos nos tornar pessoas. Da bem-sucedida combinação entre o homem e a pessoa, surge o homem moral, o homem que reflecte sobre si, que se reconhece como um eu no tempo e no espaço, que é capaz de perceber-se como responsável por suas acções passadas e de reflectir sobre suas acções futuras.

A crítica antropológica e normativa está intimamente ligadas e recai sobre o sujeito descomprometido e atomizado do Liberalismo. Segundo os Liberais, os indivíduos não são definidos pelas suas interdependências - económicas, sociais, éticas, sexuais, culturais, políticas ou religiosas. Os indivíduos são livres de colocar em questão e de rejeitar qualquer forma de participação em grupos, instituições ou actividades particulares. São livres de questionar as suas convicções, mesmo as mais profundas.

O meio pode ser representado ou objectivado pelo espírito, diferença essencial constitutiva do ser humano em relação aos demais seres viventes. “O espírito é um centro de actividade intencional”. Só a pessoa humana pode intencionalizar para atuar. Segundo Scheler, a pessoa humana como ser espiritual pode ser caracterizada por “seu desprendimento existencial do orgânico, sua liberdade, sua separabilidade ou ao menos a separabilidade de seu centro existencial ante os laços, a pressão e a dependência do orgânico, da “vida” e de tudo o que pertence à vida.” A pessoa possui um valor próprio irreduzível, mas que vai se construindo no decorrer de sua existência como um centro indeterminado de determinação, a partir do qual há a possibilidade de mudança de atitudes, de arrependimento e de conversão.

A partir de seu centro espiritual, a pessoa humana é capaz de tornar tudo objecto de seu conhecimento, inclusive o seu próprio ser. É capaz de autoconhecimento. No entanto, para conhecer uma pessoa, é preciso ir além de si mesmo e co-participar de seu mundo, pois a pessoa é “*pura actualidade, só tem seu ser na livre realização de seus atos*”. O centro do espírito, a pessoa, não é, portanto, nem um ser objetivo, nem um ser coisificado, mas apenas uma *estrutura ordenadora de actos*.” (SCHELER, p. 36)

Os filósofos Charles Taylor e MacIntyre são alguns dos pensadores que defendem que os teóricos liberais se apoiam numa antropologia bastante fraca, onde consideram o ser humano como um ser desencarnado, um sujeito sem raízes, tradição, descomprometido, mas capaz de escolher livremente os fins e os valores que orientam a sua existência. Esta concepção é, na visão deles, irrealista porque a liberdade e a identidade do homem não são características ontológicas inatas à pessoa.

Aqui, importa ressaltar que na teoria da justiça como equidade, Rawls não fala, explicitamente, da palavra homem. Talvez por que não queira que sua teoria seja confundida com algo metafísico. No entanto, no lugar do termo homem, ele utiliza a palavra pessoa. Tal ideia é determinante para quem deseja entender a teoria rawlsiana e seu liberalismo, mais precisamente, a ideia de liberdade em Rawls, a qual encontra-se, directamente, relacionada com a questão levantada por Benjamin Constant intitulada “Liberdade dos antigos e dos modernos” que, por sua vez, leva a polémica entre comunitaristas e liberais.

Nessa perspectiva, para Rawls, a concepção de pessoa é relativa ao que é racional, razoável e político. Ela idealizada como algo em que:

1º - os indivíduos concebem a si mesmo e aos outros como alguém que tem uma concepção do bem e, enquanto cidadão, ele pode rever e mudar a sua concepção por causa de motivos razoáveis e racionais, por este motivo a sua identidade pública de pessoa livre não é afetada. A identidade não-institucional ou moral, na qual os compromissos políticos e não-políticos especificam a identidade moral e mostram o estilo de vida da pessoa, não é considerada imutável; embora em uma sociedade bem-ordenada os compromissos e valores políticos mais gerais são aproximadamente os mesmos;

2º - os cidadãos se consideram no direito de fazer reivindicações às instituições e estas podem promover suas concepções do bem;

3º - os cidadãos são percebidos como alguém que é capaz de assumir responsabilidade pelo aquilo que reivindica, isto é, eles são considerados razoáveis.

Sendo assim, a justiça como equidade tem uma concepção política de pessoa como cidadão livre, igual, razoável e racional, que tem um senso de justiça como, também, uma concepção do bem. Por este motivo, os cidadãos são capazes de uma cooperação social. Assim, uma concepção política da pessoa articula a ideia da responsabilidade pelas reivindicações levando com a ideia da sociedade ser um sistema equitativo de cooperação.

Neste sentido, não se pode supor na teoria rawlsiana a concepção de pessoa como algo metafísico e Rawls afirma:

Para se entender o que se quer dizer com a descrição de uma concepção de pessoa no sentido político, considere que os cidadãos são representados (...) na condição de pessoas livres (...) A representação da sua liberdade parece ser uma das origens da idéia de que se está pressupondo uma doutrina metafísica.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ibidem, p. 72.

No entanto, a concepção de liberdade rawlsiana depende da visão política de pessoa, onde nesta está implícita: (i) as ideias de sociedade bem ordenada como um sistema justo de cooperação; (ii) a ideia de cidadãos livres e iguais que podem chegar a um acordo pelo consenso sobreposto. A concepção política de pessoa tem como características as faculdades morais: a capacidade de ter um sentido da justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem. A capacidade de ter um sentido da justiça é relativa à razoabilidade das pessoas; enquanto que a capacidade de ter uma concepção do bem se refere à racionalidade das mesmas. Por este motivo, as pessoas escolhem, em posição original, os princípios de justiça como os mais razoáveis e racionais, onde as partes são agentes racionais da construção; pessoas artificiais que são idealizadas como um recurso de representação; como procedimento metodológico para caracterizar a situação das partes na posição original.

Quanto à definição de pessoa no liberalismo, entre Rawls e Larmore há muitas semelhanças. Quando, por exemplo o autor do texto *Political Liberalism: Its Motivations and Goals* critica o pluralismo, isso significa:

Se a esperança do liberalismo é idealizar uma forma de vida política que as pessoas podem encontrar fundamentos para endossar, apesar de diferenças doutrinárias deste tipo, então o liberalismo faria bem em não tomar o pluralismo de valor uma de suas premissas cardinais”. (LARMORE, 2008, p. 142)

Em outras palavras, o que Larmore critica não é o pluralismo razoável, mas aquele denominado de valor (value pluralism) de Isaiah Berlin, o qual é uma doutrina sobre a natureza do bem que tende a afirmar que não se pode atingir a um consenso frente as mais diversas visões de mundo. Assim sendo, o pluralismo é um acordo sobre o valor independente e igual de diferentes ideais. Assim, para Larmore, o pluralismo de valor não pode ser associado ao liberalismo político, porquanto as teorias à moda de Isaiah Berlin têm uma visão de mundo desencantada e não vê como encontrar a harmonia social. onde o bem humano não é um, mas muitos, suas diferentes formas são irreduzíveis a qualquer base única como, por exemplo, ao prazer.

Nessa Perspectiva, Rawls e Larmore concordam, pois, na teoria rawlsiana não se tem valores, irreduzivelmente, plurais. Sendo assim, a tendência das partes, em Posição Original, é atingirem um consenso sobreposto mediante um pluralismo razoável. Em contrapartida, na teoria de Larmore, embora ambos combinem em relação à definição de liberalismo, quanto ao consenso rawlsiano, a situação muda. Para Larmore, é enfatizado um desacordo, porém razoável, onde, por meio dele, pode-se vislumbrar uma concepção de justiça que tem a possibilidade de assegurar a estabilidade necessária para estabelecer e sustentar um Estado



liberal. No entanto, o desacordo razoável não pode ser definido como pluralismo razoável, porquanto a visão de alguém é justificada se suas premissas, também, sejam justificadas. Assim, precisamos de justificativas apenas quando surge algum conflito existente em um contexto de crenças dadas. É interessante considerar que os nossos pontos de vista não são melhores apoiados pela experiência e reflexão do que as de outras pessoas. Assim sendo, o desacordo é inevitável, porquanto diferentes concepções da boa vida envolvem diferentes propósitos e significados.

## **A POSIÇÃO ORIGINAL COMO RECURSO HEURÍSTICO E A AUTONOMIA DA PESSOA LIBERAL**

A posição original rawlsiana é um recurso heurístico de inspiração kantiana. Ela é análoga ao imperativo categórico. O recurso heurístico que Rawls faz da posição original é um procedimento abstracto, imparcial, hipotético que faz parte das condições de elegibilidade dos princípios de justiça. O que se escolhe na posição original é a estrutura básica da sociedade; as formas pelas quais as instituições sociais se articulam e como garantem direitos e deveres essenciais. As estruturas básicas, que as partes em posição original devem escolher, são os princípios. Eles são genéricos na forma, de aplicação universal, publicamente reconhecidos e justos.

Em posição original as partes têm a preocupação de elegerem princípios defensáveis que têm a característica da imparcialidade; a qual é denominada por Rawls de equidade (*fairness*). As partes, na teoria de Rawls, são seres mutuamente desinteressados que têm como objetivo perseguir os fins, especificando os meios para alcançá-los. Este artifício rawlsiano é definido como procedimentalismo puro; aquele mecanismo onde os procedimentos justos garantem os resultados, também, justos. Durante o percurso da sua obra, ele mantém o recurso ao procedimentalismo puro, embora com mudanças e revisões em relação ao conteúdo do mesmo. Isso significa que em *Uma Teoria da Justiça* os princípios de justiça são tomados como imperativos categóricos e, em suas obras posteriores, apesar de mantê-los, esses são corroborados pela concepção de pessoa e de sociedade. Esse modelo procedimental, formal, de articulação entre regras (procedimentos) e práticas (instituições) aproxima a teoria rawlsiana da filosofia prática de Kant.

Nessa perspectiva, ele tem uma forte base kantiana, porquanto em posição original as partes, análogas aos ‘eus noumênicos’, escolhem de uma forma autônoma, racional e razoáveis

os princípios da justiça sem fazer recurso algum aos seus desejos particulares. Em suas obras posteriores, Rawls retoma a concepção de pessoa autônoma como um fim procedimental a ser modelado por uma situação contratual de justiça política. Em *O Liberalismo Político*, por exemplo, Rawls vê nas sociedades plurais democráticas elementos de uma cultura pública, preocupando-se com o desenvolvimento de uma concepção política de justiça apoiada em um consenso sobreposto. Assim, há diferenças entre a concepção de pessoa vista em *Uma Teoria da Justiça* e àquela que consta nos escritos posteriores e, conseqüentemente, existem mudanças procedimentais substanciais.

Em *Uma Teoria da Justiça*, a concepção de pessoa recebe uma forte interpretação kantiana, gerando, assim, uma interpretação metafísica para a mesma. Em *O Liberalismo Político*, Rawls vê o cidadão conforme uma perspectiva política, independentemente de uma doutrina moral compreensiva. Para conseguir tal fato, Rawls reformula a concepção de pessoa, tendo como característica a questão do político. No entanto a ideia da concepção de pessoa é, apenas, um ideal razoável, onde este reflete ideais implícitos na cultura política pública das sociedades democráticas. Assim, Rawls limita o alcance do ideal da autonomia da pessoa.

Pode-se, plausivelmente, afirmar que a ideia de autonomia, utilizada por John Rawls, teve algumas modificações e expansões, alterando, desta forma, o significado do conjunto da obra desse citado autor.

Inicialmente em TJ, Rawls adota a ideia de autonomia kantiana. O problema moral de Kant reside em sua proposta de uma moral não heterônoma ou imposta e sim uma moral autônoma, autoimposta, onde a pessoa humana é um fim em si mesmo.

Neste sentido, em TJ, Rawls, ainda, segue o modelo de autonomia kantiano fazendo da posição original um recurso procedimental, colocando as partes como representantes dos cidadãos da sociedade, onde estes ignoram o lugar reservado para eles, isto é, o contexto social e particular. Os parceiros, em posição original restritos pelo véu de ignorância, somente em virtude disto, são caracterizados como autônomos e completamente livres para formarem as suas convicções morais.

Em TJ, Rawls afirma que

Agir de forma autônoma é agir segundo princípios que aceitaríamos na qualidade de seres racionais, livres e iguais. (...) A Posição Original define essa perspectiva (...)



consideramos a escolha dos princípios desembaraçados das singularidades das circunstâncias concretas<sup>2</sup>.

Neste livro, é acentuado o caráter racional para que os cidadãos tenham autonomia e, para não se ter uma concepção heterônoma, há uma preocupação em não se imiscuir a escolha dos princípios com circunstâncias concretas, pois os juízos particulares não devem ser levados em consideração e, sendo assim, a autonomia dos cidadãos não é violada como, também, nela não pode ser considerado algo como uma “... mera colisão de vontades que se autojustificam”<sup>3</sup>.

Deste modo, Rawls afirma que da interpretação que ele faz da concepção de justiça kantiana deriva o princípio de liberdade e a sua prioridade.<sup>4</sup> Neste sentido, ele diz que a força da doutrina kantiana se deve aos seguintes aspectos:

1º- na ideia de que os princípios morais são objectos de uma escolha racional, onde eles definem a lei moral que os homens objectivam para reger sua conduta em uma comunidade ética;

2º- a legislação moral deve ser acatada caracterizando os homens como seres racionais, livres e iguais, isto é, uma pessoa age de modo autônomo quando escolhe princípios que denotem a sua natureza de livre, racional e igual;

Assim, Rawls afirma que a justiça como equidade é uma teoria de interpretação da doutrina kantiana nos seguintes aspectos:

1º- o véu de ignorância priva as pessoas de obterem uma escolha dos princípios de forma heterônoma;

2º- as pessoas escolhendo e agindo conforme os princípios de justiça de forma autônoma, elas expressam a sua própria natureza;

3º- os princípios de justiça se apresentam como imperativos categóricos, onde as partes não agem de forma heterônoma, deixando ser levadas por desejos particulares, mas, pelo contrário, desejam apenas aquilo que é racional, geral, independente dos outros desejos e aplicado a qualquer um, isto é, desejam os bens primários;

4º- o desinteresse mútuo, pois este permite que a escolha dos princípios seja livre.

---

<sup>2</sup> RAWLS, Uma teoria da justiça, p. 575.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 579.

<sup>4</sup> Regra da prioridade: a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade.

Rawls, no entanto, diz que ampliou a noção kantiana de autonomia. Segundo ele, a parte que falta no argumento de Kant é aquela que diz respeito ao conceito de expressão. A posição original aponta argumentos que dizem quais princípios seriam escolhidos por pessoas racionais, livres e iguais. Assim sendo, a posição original é um nômemo perante o mundo, onde as partes expressariam sua liberdade de escolha como membros de uma sociedade e ela não seriam um artifício nem transcendente nem transcendental.

Desta forma, há um afastamento de Rawls em relação a Kant, porquanto na teoria rawlsiana a escolha em posição original é coletiva, isto é, os princípios devem ser aceitáveis para outros *eus*, já que todas as partes são racionais e livres, por isto devem ter o direito igual de voz em relação aos princípios públicos da comunidade adotados. Outro aspecto do distanciamento, é que na justiça como equidade, as partes sabem que estão sujeitas às condições da vida humana, porque elas estão situadas no mundo com outros homens onde todos enfrentam determinadas limitações.

Neste sentido, a liberdade humana deve levar em consideração essas restrições e, assim, os dualismos kantianos são remodelados, fazendo da justiça como equidade uma teoria que considera, também, os dados empíricos com a pressuposição de que as partes sabem que estão sujeitas às condições da vida humana, onde a liberdade humana deve ser regulada.<sup>5</sup>

Os cidadãos, em seu papel como cidadãos do Estado, podem controlar se o poder do Estado está sendo exercido no interesse dos cidadãos da sociedade. Nesse sentido, a protecção individual e a escolha racional da condução da própria vida são um problema de justiça política, que incluirá medidas não individualistas de igualdade e bem-estar. Assim sendo, “um dos pressupostos do modelo liberal não se deixa analisar apenas a partir da relação vertical entre sociedade e Estado, mas tal análise deve considerar também a relação horizontal do acordo entre os próprios cidadãos”. Portanto, “para manter a esfera de liberdade individual assegurada pelos direitos, o processo de formação colectiva da vontade não pode sobrepor-se à dimensão dos interesses” (MELO, 2011, p. 144).

Não é apenas no pensamento filosófico contemporâneo que a perspectiva desinteressada para justificar princípios de cooperação social pressupõe valores liberais partilhados nas democracias constitucionais modernas, entre os quais a liberdade individual, o pluralismo social e o constitucionalismo político. Este posicionamento tornou-se socialmente atractivo deixando

---

<sup>5</sup> RAWLS, Uma teoria da justiça, p. 275-283.

de lado o vínculo estreito entre as ideias políticas e a emergência de uma economia de mercado, o que consistiu no facto de que argumentos de igualdade social ou de soberania popular teriam de ser justificados com base nesses valores e deveriam poder ser explicitados nas justificações e princípios com três valores básicos:

*Primeiro*, os princípios liberais podem ser primeiramente justificados na sua função como protecção e garantia da liberdade pessoal como “liberdade negativa”, isto é, a liberdade da tutela política no que se refere ao modo como se deve servir; *em seguida*, diante de posições irreconciliáveis entre cidadãos no que diz respeito às suas concepções de vida boa, os princípios liberais podem ser entendidos como um acordo para fazer predominar a tolerância recíproca em questões éticas da mesma; *por fim*, os princípios liberais podem ser entendidos como normas que são justificadas por um consenso universal entre aqueles que vivem sob essas normas. Expressam, portanto, um interesse universal (FORST, 2010, p. 47).

Para assegurar a efectivação desses valores da protecção individual e, por conseguinte, da tolerância, o centro da pauta liberal consistiria em determinar esse acordo comum de modo a “cumprir a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade”. Em conformidade com essas alternativas, eles de forma alguma exaurem todos os possíveis modelos de justificação e não se excluem mutuamente. Contudo, expressam pontos de vista diferentes sobre a justificação, que podem ser caracterizados como *individualista*, *pluralista* e *procedimental*.

Segundo Forst (2010, p. 47), “o ponto comum a todos estes é a distinção entre valores éticos (“pessoais”) e normas morais (“universais”), isto é, valores que existem no interior do direito e normas que podem servir de fundamento para ele”. O primeiro pressuposto dessa interpretação liberal que remonta a Locke é definido com base na separação da sociedade civil em relação ao Estado, em que o processo democrático é compreendido verticalmente. Held apud Melo (2011), entende como uma característica-chave da *protective democracy*<sup>6</sup> o desenvolvimento de uma sociedade civil politicamente autônoma: em função da separação entre Estado e Sociedade civil, “o escopo da acção do Estado deve ser, em geral, fortemente restrito à criação de uma estrutura que permite aos cidadãos perseguir suas vidas privadas livres da violência, do comportamento social inaceitável e da interferência política indesejada”.

De acordo com Habermas (2003, p. 159) na interpretação liberal, “o processo democrático de criação de leis legítimas exige determinada forma de institucionalização

---

<sup>6</sup> *Protective democracy* - modelo que tem como principal representante John Locke, cujo princípio de justificação consiste em “os cidadãos exigirem protecção dos governantes, assim como de cada um entre si, para assegurar que aqueles que governam sigam as políticas que são comensuráveis com o interesse dos cidadãos como um todo” (MELO, 2011, p. 139).



jurídica”. Tal “lei fundamental” é introduzida como condição necessária e suficiente para o processo democrático, não como um resultado deste, pois a democracia não pode ser definida pela própria democracia.

Acreditamos que com atitudes positivas, certamente tornam qualquer homem, uma pessoa mais humana e mais justa, para isso é preciso praticar ações solidárias, tentar compreender as coisas da maneira que elas são e acontecem, não visar somente o bem-estar próprio, mas o que for melhor para todos, ajudar aqueles que mais precisam, ter olhos atentos, ser solidário com as pessoas, e especialmente com o mundo. As pessoas e a sociedade são movidas em função de suas atitudes, crenças e valores, implementadas, subliminarmente ou não, no dia-a-dia através de ações e processos, em diversos campos de actuação, nos quais sempre se ressaltam a importância destes conceitos e os efeitos positivos que podem causar.

Sumarizando, pode-se dizer que o problema central do liberalismo, e que foi reconstruído por Habermas no seu modelo deliberativo procedimental, reside em sua fraca capacidade ético-normativa e, especialmente, no deflacionamento da função reservada à política, que não excederia a um simples mecanismo legitimador da distribuição do poder do Estado. Por sua vez, ele não está convencido da ideia da dicotomia público x privado defendida pelo liberalismo e, percebe claramente que o jogo minimalista de autorização de governos, sob a orientação normativa de defesa das liberdades privadas contra a ingerência estatal, faz com que, novos temas e assuntos não sejam abordados nem discutidos, e que não possam ser alcançados dentro do espaço público e que tenham um campo político mais abrangente com vista a trazer algumas soluções.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente exposição, uma vez percorridas as principais questões relativas a concepção do homem no paradigma liberal, foi possível compreender que os filósofos liberais, quanto os comunitários e os críticos discursivos apontam a democracia como o modelo de sociedade mais adequado para garantir a justiça e a liberdade dos cidadãos. Porém, o que ocorre é que o regime político liberal engloba duas dimensões lógicas: a lógica liberal da liberdade e a lógica democrática da igualdade. A primeira visa resguardar os direitos humanos e determinar o espaço da autonomia privada, enquanto a segunda busca assegurar a soberania popular e delimitar o território da autonomia pública.



Concluiu-se que, para os liberais, o direito da pessoa passa a ter a função primordial de estabelecer os limites da esfera pública e assegurar a autonomia privada do indivíduo frente ao Estado. Os comunitaristas não discordam dos liberais no sentido de que cabe ao Estado democrático liberal proteger os direitos fundamentais dos cidadãos contra indevidas interferências externas. No entanto atestam como certo que a composição desses direitos deve levar em conta o reconhecimento das necessidades particulares desses indivíduos enquanto membros de comunidades culturais específicas.

Nessa perspectiva, a discordância razoável pode, plausivelmente, não fazer sentido. No entanto, a discordância será razoável quando as visões razoáveis são justificadas, embora não precisam ser verdadeiras, elas podem ter razões para ser aceitas. É por isso que o desacordo é razoável, porquanto cada pessoa mantém posições justificadas, onde os diferentes lados julgam que há uma resposta correta à questão que os divide. Então, ter uma razão, presumidamente, significa que ela, realmente, exista, embora tal razão possa existir, somente, em sua própria perspectiva.

A solução, porém, é a questão da justificação dos pontos de vistas razoáveis. Eles são justificados, embora não precisem ser todos verdadeiros. Logo, na teoria de Larmore, as pessoas representadas são pessoas razoáveis, exercendo boa fé, tendem a chegar a um processo de discussão, mesmo com opiniões contrárias. Presumivelmente, se duas pessoas discordarem, elas podem chegar a um acordo. O desacordo razoável é uma condição temporária. Isso significa dizer que as pessoas podem recuar e retratar suas visões anteriores. No entanto, o que nos propomos aqui é apontar a definição de liberalismo em Larmore que comunga com a rawlsiana.

Em outras palavras, Larmore vê o liberalismo como uma doutrina política neutra frente aos conflitos referentes à boa vida. Assim sendo, o liberalismo é autônomo em relação às concepções abrangentes, porém não o é em relação à moralidade, porquanto ele considera o princípio do igual respeito a base moral do liberalismo. Nessa perspectiva, diferentemente de Rawls, os julgamentos sempre produzirão discordância entre pessoas razoáveis, racionais e livres. Porém isso sempre produzirá desacordos razoáveis. Portanto deve-se justificar os princípios políticos de uma forma razoável.

A obra magna de John Rawls publicada em 1971, *Uma Teoria da Justiça*, inovou o contexto de discussão sobre a teoria moral e política contemporânea fazendo emergir muitas polêmicas e críticas sobre ela, tais como, por exemplo, a dos comunitaristas que podem ser

sintetizadas em cinco teses: 1) uma concepção abstrata de pessoa que é consequência da posição original sob o véu da ignorância; 2) princípios universais (deontológicos) com a pretensão de aplicação em todas as sociedades, criando uma supremacia dos direitos individuais em relação aos direitos colectivos; 3) não possui uma teoria da sociedade em função de seu contratualismo, trazendo como consequência uma atomização do social, em que a pessoa é considerada enquanto átomo isolado; 4) utiliza a ideia de um Estado neutro em relação aos valores morais, garantindo apenas a autonomia privada (liberdade dos modernos) e não a autonomia pública (liberdade dos antigos), estando circunscrita a um subjetivismo ético liberal; 5) é uma teoria deontológica e procedimental, estabelecendo uma prioridade absoluta do justo em relação ao bem.<sup>7</sup> No entanto, como amostragem, embora as críticas comunitaristas a Rawls sejam diversas, nós vamos nos ater em Alasdair MacIntyre, em sua obra *Depois da Virtude*.

Concluimos, que considerar a pessoa desde a sua emergência constitutiva da materialidade da vida ajuda a superar a esquizofrenia racionalizante de uma modernidade iluminista, deformadora da integralidade do ser. É preciso voltar às raízes, ao chão da existência. A pessoa não está isolada das esferas do ser, mas tem os pés firmes na realidade vital, é uma espécie de *microcosmo*, um pequeno mundo, que reúne em si os níveis essenciais da existência, mas que está aberto e em permanente busca de auto-realização. O ser humano é como um asceta da vida, que não tem uma posição definida, mas que tem sempre um horizonte a trilhar, e que o faz ultrapassar e transcender a mera cotidianidade existencial. A pessoa integra e extrapola o contexto vital em que vive e actua.

Alasdair MacIntyre, em sua obra *Depois da Virtude*, é muito explícito em considerar um individualismo corrosivo na teoria política intitulada de Liberalismo. Tal facto é visto, por ele, com maior veemência na teoria de Rawls cuja a influência kantiana encontra-se ao alcance dos olhos, principalmente na tese da autonomia e do imperativo categórico, porquanto o universalismo que tal procedimento ocasiona é, para MacIntyre, algo inconcebível, porque o homem é um ser condicionado pelas circunstâncias, relacionado, intrinsecamente, à tradição e a comunidade na qual faz parte. Não há como separá-lo disso e criar um homem universal. MacIntyre aponta a importância da comunidade para a vida moral das pessoas. E, com base nisso, há, por parte, uma inaceitabilidade frente a universalidade e a neutralidade, segundo ele, propagada pelo liberalismo político.

---

<sup>7</sup> Denis Coitinho SILVEIRA, Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo, p. 169.



Quanto a isso, aí reside a constatação de que no pensamento rawlsiano não há espaços para a neutralidade, porque no momento da construção e deliberação dos princípios de justiça a característica da neutralidade não se sustenta tendo vista que, em tal momento, as pessoas carregam consigo qualidades e valores que são exteriores ao método aplicado como exemplo, a ênfase na liberdade individual e na igualdade de todos os cidadãos.

Isso, visto nos dois princípios de justiça rawlsianos, faz com que a justiça como equidade efetue uma articulação entre a liberdade individual e a colectiva explicitamente vista nas duas faculdades morais contidas na concepção de pessoa da teoria rawlsiana, isto é, na ideia de racionalidade e na concepção de razoabilidade. Portanto, dessa maneira, Rawls, contrariamente a que Alasdair MacIntyre acredita, elabora uma articulação entre o público e o privado inserindo, assim, na justiça como equidade tanto a tradição antiga de liberdade quanto a moderna.

Contudo, pelos motivos acima elencados, constata-se que, embora não neutro, o procedimento na justiça como equidade é imparcial. Porquanto, para Rawls, os agentes são livres às restrições que apontam para a liberdade deles e, embora considere a cultura política pública, ao mesmo tempo mantém que para uma concepção política da justiça ser aceita, esta deve estar de acordo com convicções bem ponderadas depois de uma cuidadosa reflexão.

Dessa forma, embora seja de real importância o engajamento dos cidadãos na vida política, isso deve ser feito mediante uma escolha deles próprios. Com isso, o que Rawls afirma é uma conjugação entre liberdade e igualdade, pois a justiça como equidade não aceita nenhum acordo que viole as liberdades básicas, assegurando, então, que há um direito natural à liberdade. Portanto, Rawls garante a imparcialidade na justiça como equidade ao afirmar um consenso pluralista entre pessoas razoáveis e racionais, que não abrem mão de suas concepções de bem, mas não as impõem e, por meio de um processo de construção, atingem a um consenso sobreposto.

## REFERÊNCIAS

ATZORI, Claudia. *La proposta liberal di Charles Larmore nel dibattito post rawlsiano*. <https://www.cosmopolisonline.it/articolo.php?numero=XIII12016&id=9>

FANTON, Marcos. *O princípio do respeito igual como a melhor resposta às experiências da modernidade: a filosofia política de Charles Larmore*. São Paulo: Cadernos de Ética e Filosofia Política, Número 27, 2015.

FELIPE, Sonia. *A concepção política e não filosófica de justiça*-apontamentos para a crítica de Rawls a partir de Rorty. UFSC/CFH/FIL, Colóquio, 2 abr. 1997, Mimeografado.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALSTON, William A. Expressive Liberty, Moral Pluralism, Political Pluralism: Three Sources of Liberal Theory. 40 Wm. & Mary L. Rev. 869, 1999. <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol40/iss3/9>.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber P. A. Soethe. São Paulo, Loyola, 2002c.

\_\_\_\_\_. *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

LARMORE, C. *Patterns of Moral Complexity*. New York: Cambridge University Press, 1987.

\_\_\_\_\_. *Pluralism and Reasonable Disagreement*, New York: *Social Philosophy and Policy*, 1994.

\_\_\_\_\_. *Morals of Modernity*. New York: Cambridge University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *The Moral Basis of Political Liberalism*. New York: *Journal of Philosophy*, 1999.

\_\_\_\_\_. *The autonomy of morality*. Cambridge, 2008.

LOCKE, Jhon. *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa, Edições 70, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois de Virtude: Estudos da teoria moral*. São Paulo, Loyola, 2ª ed., 2001.

MASON, Elinor. (2018), *Value Pluralism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism>.

MELO, Rúrion. *O uso público da razão: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas*. São Paulo, Loyola, 2011.

MÖUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa, Gradiva, 1996.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Zahar, 1991.

NUSSBAUM, Martha C. *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*. *Philosophy & Public Affairs* 39, no. 1, 2011.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

SILVEIRA, Denis Coitinho. *Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo*. *Trans/Form/Ação*. 2007, vol. 30, no. 1.

YOUNG, Shaun. *Illusions of difference? Larmore's political liberalism*. New York: *Journal of Philosophy*, 2012, p. 102.



# CAPÍTULO 5

## A LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN): ASPECTOS FUNDAMENTAIS E RELEVANTES

Isabôhr Mizza Veloso dos Santos, Bacharelanda em Direito, UEMG

### RESUMO

Esse artigo mediante a utilização de fontes bibliográficas na área jurídica, buscou analisar através de discussões dialéticas e atuais, a importância da aplicabilidade da Loman, para coibir o nepotismo e a corrupção na seara da magistratura estadual e federal. A Lei Complementar nº 35/79, também conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) dispõe sobre a organização do Poder Judiciário brasileiro, seu funcionamento, estrutura hierárquica e administrativa, bem como descreve as garantias, prerrogativas, vencimentos e vantagens, direitos, deveres e penalidades cabíveis aos magistrados em exercício no Brasil. O Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado moderno na divisão preconizada por Montesquieu em sua teoria da separação dos poderes. É exercido pelos juízes e possui a capacidade e a prerrogativa de julgar, de acordo com as regras constitucionais e leis criadas pelo poder legislativo no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Lei Orgânica. Magistratura. Poder Judiciário.

### INTRODUÇÃO

“[...] nós juristas, nós os advogados, não somos os instrumentos mercenários dos interesses das partes. Temos uma alta magistratura, tão elevada quanto aos que vestem as togas, presidindo os tribunais; somos os auxiliares naturais e legais da justiça; e, pela minha parte, sempre que diante de mim se levanta uma consulta, se formula um caso jurídico, eu o encaro sempre como se fosse um magistrado a quem se propusesse resolver o direito litigado entre partes. Por isso, não corro da responsabilidade senão quando a minha consciência a repele.” — Ruy Barbosa

A Lei Complementar nº 35/79, também conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) dispõe sobre a organização do Poder Judiciário brasileiro, seu funcionamento, estrutura hierárquica e administrativa, bem como descreve as garantias, prerrogativas, vencimentos e vantagens, direitos, deveres e penalidades cabíveis aos magistrados em exercício no Brasil.

Nesse sentido, nos cabe salientar que foi elaborada e aprovada no auge do período militar. Já ao findar os anos de chumbo, a partir da vigência do estado democrático de direito, a Loman teria de ter sido atualizada.

Assim, o projeto da nova Loman ainda está em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) e aguarda aprovação dos ministros que compõem a Corte. Depois de um consenso no STF, o projeto será enviado ao Congresso Nacional para votação, onde poderá sofrer novas



alterações. As associações de classe dos juízes defendem que o primeiro grau possa votar em eleições para presidentes dos Tribunais de Justiça.

A eleição direta é um ponto que têm o total apoio da magistratura de primeiro grau. As alterações aumentam os benefícios e o poder dos magistrados, além de estabelecer novos parâmetros para a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e para a punição de juízes envolvidos em casos de corrupção por exemplo.

## 1. LOMAN E A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado moderno na divisão preconizada por Montesquieu em sua teoria da separação dos poderes. É exercido pelos juízes e possui a capacidade e a prerrogativa de julgar, de acordo com as regras constitucionais e leis criadas pelo poder legislativo em determinado país.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A principal função do Poder Judiciário é o de defender os direitos de cada

cidadão, promovendo a justiça e resolvendo os conflitos que possam surgir na sociedade, através da investigação, apuração, julgamento e punição.

É do poder judiciário a ação de transformar os resultados das ações em leis. Assim, por meio de dois papéis importantes, sobre o controle de constitucionalidade, o poder legislativo julga as leis criadas pelo poder legislativo e pela Constituição Federal (CF).

Além disso, as normas gerais e abstratas, bem como a composição dos conflitos em casos de processos judiciais, também são avaliadas por este órgão. O Poder Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelas Justiças Estaduais - por meio de seus Tribunais de Justiça (TJ). O STF é o órgão máximo do Poder Judiciário. (GOMES, 2018).

A sua formação se dá a partir da indicação do Presidente da República para os 11 ministros, que são aprovados pelo Senado. Não se trata de um cargo obtido por meio de concurso, mas por indicação e confiança. Todas as normas constitucionais bem como o cumprimento da Constituição Federal, são de controle do STF.

O Superior Tribunal de Justiça aponta e julga as causas criminais de desembargadores, governadores, juízes de Tribunais Regionais Federais, juízes de Tribunais Regionais Federais,



Eleitorais e Trabalhistas, Ministros e outros com foro privilegiado.

As Justiças Eleitorais são formadas a partir de cada Tribunal de Justiça de estado e os Juízes Estaduais. Seus integrantes são chamados de desembargadores, atuantes em segunda instância e com o poder de contestação dos Juízes Estaduais, atuantes em primeira instância. Outros órgãos que formam o Poder Judiciário, são:

- Conselho Nacional de Justiça (CNJ): tem a função de melhorar o trabalho do Sistema Judiciário Brasileiro e garantir a transparência administrativa, além de zelar pela autonomia do Poder Judiciário diante da definição de metas, planos e programas. Além disso, é o órgão que recebe reclamações, petições contra membros ou órgãos do judiciário. Também atua e coordena em diversos projetos que afetam áreas de Direitos Humanos, Meio Ambiente;
- Superior Tribunal Militar (STM): é o responsável por julgar os crimes militares que estão previstos no Código Penal Militar (CPM). Atua, principalmente, entre os militares das Forças Armadas, mas, dependendo do caso, pode intervir também em atuações contra civis.
- Tribunal Superior do Trabalho (TST): composto por 27 ministros, o TST tem a função de organizar e uniformizar a jurisprudência trabalhista no Brasil;
- Tribunal Superior Eleitoral (TSE): trata-se do órgão máximo da Justiça Eleitoral brasileira. Atua em ação conjunta com os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), nas responsabilidades na administração do processo eleitoral em estados e municípios. (GOMES, 2018).

Nesse contexto, a Loman, retrata sobre as garantias da magistratura, as prerrogativas do Magistrado, a disciplina judiciária, os vencimentos, vantagens e direitos do Magistrado e sobre a magistratura de carreira.

O artigo 1º do título e capítulo I da Lei Loman, traz a previsão da estrutura do poder judiciário através dos órgãos: Supremo Tribunal Federal (STF); Conselho Nacional da Magistratura (CNM); Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Estaduais; Tribunal e Juízes do Distrito Federal e dos Territórios e demais disposições gerais sobre o exercício jurisdicional desses órgãos referentes a magistratura nacional e suas áreas de abrangência no território brasileiro a âmbito federal e estadual.

O capítulo II da Loman designa sobre a competência dos tribunais nos estados e no Distrito Federal. Já o capítulo III ressalta sobre o trabalho dos magistrados efetivamente desde



sua posse, mediante aprovação em concurso público, até o exercício de suas funções, especificamente dos juízes de Direito togados.

## 2. LOMAN: DAS GARANTIAS E PRERROGATIVAS

Destarte, a partir do título II da Loman, trata-se das garantias e prerrogativas inerentes aos juízes e magistrados que gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Assim, o juiz não poderá ser removido ou promovido senão com seu assentimento, manifestado na forma da lei, ressalvado o disposto no art. 45, item I. No caso de mudança de sede do Juízo será facultado ao juiz remover-se para ela ou para Comarca de igual entrância, ou obter a disponibilidade com vencimentos integrais.

Com relação a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados não impede os descontos fixados em lei, em base igual à estabelecida para os servidores públicos, para fins previdenciários.

É preciso enfatizar também a importância do combate ao nepotismo e a relação promíscua da jurisdição com a política, pois os magistrados não se podem valer do poder para benefício próprio. O CNJ conseguiu uma estabilização da magistratura, porque possibilitou o afastamento do nepotismo, pela determinação dos conselheiros de estabelecer regras limitadoras do uso do poder dos magistrados.

As prerrogativas inerentes aos magistrados estão delineadas nos artigos 33 e 34 da Loman que especificam essencialmente:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

- I - Ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;
- II - Não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);
- III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado- Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;
- IV - Não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;
- V - Portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.



Art. 34 - Os membros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho têm o título de Ministro; os dos Tribunais de Justiça, o de Desembargador; sendo o de Juiz privativo dos outros Tribunais e da Magistratura de primeira instância. (LOMAN, 1979).

A Loman trata de uma prerrogativa de ordem processual, a do parágrafo único do art. 33, que nos elucida que quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Para Ivanir Júnior (2013) a relevância da atividade jurisdicional, justifica não somente a concessão de garantias e prerrogativas, mas a imposição de vedações e deveres, que visam resguardar a imparcialidade e exigir eficiência dos magistrados. E é na severintensidade das restrições impostas pela CF 88 e pela LOMAN que se percebe o quanto é especial o regime jurídico da magistratura, estando plenamente justificadas todas as garantias e prerrogativas tidas por muitos como privilégios e que ainda salienta:

Embora não seja um fator condicionante, é preciso notar que o magistrado deveter um salário adequado à importância da sua função na comunidade. Não pode haver independência plena se o juiz não recebe um salário correspondente à dignidade do cargo que desempenha. Entretanto, é preciso reiterar que o salário considerado insuficiente não justifica qualquer conduta desonrosa, por menor que seja. (JÚNIOR, 2013, p. 14).

Assim, diferentemente de outras carreiras de estado, como policiais e fiscais, os magistrados não podem exercer atividade político-partidária e serem votados para cargos políticos. Não podem exercer outra atividade, salvo a de magistério. Não podem exercero comércio ou participar de atividade comercial, exceto como acionista ou quotista. Não podem exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação de qualquer natureza, mesmo de síndico do edifício no qual reside.

Em razão da EC 45/2004, deve, após se aposentar, respeitar período de quarentena para voltar a advogar no juízo ou tribunal do qual se afastou. Ivanir Júnior (2013) nos salienta que o exercício da atividade jurisdicional deve ser protegido por um regime jurídico fortalecido, nos aspectos institucional e funcional, com garantia de independência, imparcialidade, eficiência e ética de seus agentes. Esse regime, com sede constitucional, integrado por garantias, prerrogativas, vedações e deveres, tem atualmente no CNJ o seu órgão de cúpula e direção, responsável maior por sua conformação, guarda e execução.

Nesse contexto, mostra-se a importância do papel do CNJ na construção das condições para o exercício pleno da atividade jurisdicional, a partir da adequada interpretação e aplicação



do regime jurídico da Magistratura.

### 3. LOMAN E A DISCIPLINA JUDICIÁRIA

O título III da Loman trata da disciplina judiciária a partir dos deveres do magistrado, especificados do artigo 33 ao 39. No que tange aos deveres, que se encontram ligados às vedações, a lista do artigo 35 da LOMAN é extensa, com enfoque para uma atuação independente, eficiente e ética, que se espraia pela vida pública e privada.

Nesse sentido, merecem destaque: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; VIII – manter conduta irrepreensível na vida pública e particular dos magistrados.

Nesse ponto, mostra-se evidente a importância deste artigo, que aponta os vetores da ética e conclama o magistrado a pautar-se por uma conduta compatível com seu ofício de julgar o cidadão e assegurar-lhe seus direitos. (SEREJO, 2011).

Esses vetores estão configurados nos seguintes princípios: independência, imparcialidade, transparência, diligência, dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento, capacitação, dignidade, honra e decoro.

Para compreender melhor o contexto em que o presente Código de Ética dos Magistrados está envolvido, invoca-se, a título de comparação, os preceitos do Código Ibero-Americano de Ética Judicial e os princípios de Bangalore, que foram promulgados com a mesma preocupação de ofertar aos magistrados uma tábua de valores que pudessem servir de orientação às suas atividades, com o propósito de disciplinar a conduta dos juízes dos países signatários. A importância da ética para o alcance desse objetivo centra-se:

[...] A ética judicial inclui os deveres jurídicos que se referem às condutas mais significativas para a vida social, mas também pretende que o seu cumprimento responda a uma aceitação desses valores pelo seu valor intrínseco, isto é, baseada em razões morais. Além disso, completa esses deveres com outros que podem parecer menos peremptórios, mas que contribuem para definir a excelência judicial. **Portanto, a ética judicial implica rejeitar tanto os padrões de conduta próprios de “um mal” juiz, como os de um juiz simplesmente “mediocre”, que se conforma com o mínimo juridicamente exigido.** (ATIENZA, 2008, p. 29, grifo nosso).

Há uma necessidade de cultivar os princípios éticos, dentre outras coisas, na própria honorabilidade da Justiça e na obrigação de defender os valores constitucionais. A autoridade moral do magistrado é indispensável para o próprio Estado Democrático de Direito, que conferiu



legitimidade ao ingresso do magistrado por concurso público. (SEREJO, 2011).

#### 4. LOMAN: DOS VENCIMENTOS, VANTAGENS E DIREITOS DOS MAGISTRADOS

A questão dos vencimentos, vantagens e direitos dos magistrados está expresso no título IV, do artigo 61 ao 65 da Loman. Os juízes de direito têm alguns benefícios restritos apenas à sua classe. Quando assumem os cargos, automaticamente recebem auxílios e gratificações que sofrem muitas críticas por serem, em alguns casos, desnecessários.

A regulamentação de mais auxílios aos magistrados é sempre discutida e criticada na sociedade e nas mídias de comunicação. Os juízes brasileiros têm o papel de julgar processos a partir da lei e da Constituição, limitando positivamente os seus poderes de ação. E assim como outros trabalhadores, se equivalem a uma série de direitos e deveres inerentes à classe.

Na atualidade, somam cerca de 16,5 mil magistrados no Brasil, e, ainda que sua produtividade tenha aumentado entre os anos 2010 e 2011, o país permanece congestionado de processos sem julgamento se acumulando continuamente.

Há bastante controvérsias nos aumentos, auxílios, vencimentos inerentes aos magistrados, uma vez que parte deles é aprovado pela própria classe, os magistrados já têm auxílio moradia, auxílio alimentação. De modo que, essa situação desvaloriza outras categorias de servidores públicos, porque cria uma discrepância entre as carreiras. Assim, seus salários são 12 vezes maiores que a renda do brasileiro médio (com abonos sequer incluídos nessa contagem), contabilizando cerca de R\$ 303,2 mil reais anuais a juízes em início de carreira. Nos ganhos acessórios estão o auxílio-saúde, o auxílio-alimentação e até um vale-livro, que garante aos magistrados uma verba de R\$ 3 mil anuais para a compra de livros que possam auxiliar o magistrado em sua atividade. (SEREJO, 2011).

Em relação às férias e licenças, os juízes também são beneficiados. Enquanto o trabalhador comum tem direito a 33% de adicional de férias apenas uma vez ao ano, os magistrados têm direito a 50% do abono e duas férias por ano, evidentemente variando da realidade socioeconômica diferenciadas entre os Estados e planos de carreira entre as vertentes de magistrados.

Segundo Reis Friede (2018) o que parece incorreto é a de contracheques com valores excepcionalmente ampliados, em função de específicos recebimentos de 13º salário, retribuição pecuniária por férias vencidas (e não usufruídas por imperiosa necessidade do trabalho), ou



mesmo outras singularidades e que beneficiam, em regra, todos os demais trabalhadores, seja do setor público ou do setor privado -, sobretudo nesse especial (e extraordinário) momento histórico em que os integrantes do Poder Judiciário estão combatendo, (trabalhando exaustivamente em um expediente de mais de 12 horas por dia, incluindo sábados, domingos e feriados).

Através da corrupção sem freios no Brasil, estão sendo colocados atrás das grades, políticos poderosos e empresários ricos que, inclusive de forma audaciosa, vêm, velada, ou mesmo ostensivamente, ameaçando a vida dos integrantes da Magistratura (e de seus familiares), aumentando a sobrecarga de estresse, além de obrigá-los a efetuar excepcionais gastos pessoais com segurança, em face da própria (e reconhecida) impossibilidade do Estado prover as necessárias condições ideais de trabalho. (FRIEDE,2018).

Para Reis Friede (2018) se o julgador é o titular do poder político, ou seja, o povo é obrigação da Imprensa e dos Meios de Comunicações (com os indispensáveis atributos

da impessoalidade, imparcialidade e isenção) instruir o conjunto da sociedade, de forma completa com todos os dados e informações para que esta possa chegar, sem induções às suas próprias conclusões quanto à necessidade de redução ou, de eventual elevação de salários de determinadas categorias, corroborando, com , o objetivo de se construir uma justiça salarial mais equânime.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo realizou uma análise geral no que concerne a Lei da Magistratura Nacional, conhecida como Loman, que retrata, entre outras coisas, sobre os subsídios dos magistrados, levando em conta todas as especificidades e limitações que o cargo impõe e a sua articulação com a estrutura do poder judiciário.

Não restam dúvidas de que o CNJ, com todas as suas atribuições constitucionais e credibilidade popular, tem muito a fazer em favor da construção das condições adequadas para o pleno exercício da magistratura no Brasil, mediante sua fiscalização direta e mais eficaz.

O CNJ deve centrar seus esforços na edificação de soluções gerais e abrangentes, que orientem e auxiliem os tribunais no caminho da celeridade e eficácia da prestação jurisdicional. Deve evitar perder-se no varejo de controle de atos administrativos individualizados e subalternos, que desvirtuam e tiram o foco de sua atuação principal, que é perante a



Magistratura.

O CNJ deve fazer da atividade disciplinar o necessário e imprescindível para estabelecer e disseminar padrões éticos que reafirmem a crença e confiança dos cidadãos em seus magistrados.

Nesse sentido, para além da proibição quanto ao exercício de qualquer outra atividade profissional, ao Juiz, igualmente, é defeso exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista, sendo-lhe vedado, exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração e lecionar em mais de uma universidade pública, bem como de ser obrigado (em conjunto com a sua família) a residir na respectiva comarca de seu exercício funcional.

Esse artigo, mediante a utilização de fontes bibliográficas na área jurídica, buscou analisar através de discussões dialéticas e atuais, da importância da aplicabilidade da Loman, para coibir o nepotismo e a corrupção na seara da magistratura estadual e federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel e VIGO, Rodolfo. **Código Ibero-americano de ética judicial**. Brasília: CJF, 2008, p. 29.

BRASIL, (1979). Congresso Nacional. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79)**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp35.htm)>. Diversos acessos.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3063, v. 6.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45. FRIEDE, Reis. **Da Justa Remuneração da Magistratura: Um Ponto de Vista**. 2018. Acesso em: 25/04/2019.

JÚNIOR, Ivanir. **Os fundamentos éticos e históricos das prerrogativas da magistratura**, 2013. Acesso em: 25/04/2019.

LOPES, Mônica Sette. **Os juízes e a ética do cotidiano**. São Paulo: LTr, 2008, p. 128. NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**. São Paulo: RT, 2009, p. 9.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 263.

SEREJO, Lourival. **Formação do juiz: anotações de uma experiência**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113.



SILVA, José Afonso da. **Comentário textual à Constituição**. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p. 533.



# CAPÍTULO 6

## O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS SISTEMAS JURÍDICOS: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* NA FORMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Otávio Martins Finger, Advogado, Especialista em Direito Administrativo

### RESUMO

O Direito Administrativo brasileiro é resultado de uma miríade de influências que sofreu, e ainda sofre, dos sistemas jurídicos ocidentais mais tradicionais, a saber, o sistema romano-germânico (*civil law*) e o sistema anglo-saxão (*common law*). Dessa forma, o presente estudo busca averiguar como e em que contexto se constituiu o regime jurídico administrativo nos países de tradição europeia continental, bem como procura analisar as razões da resistência do sistema de *common law* em implantar um direito especial para a Administração Pública. Ainda, o trabalho restringe-se a apurar a influência de tais sistemas jurídicos na formação do Direito Administrativo brasileiro. Estabelecido o objetivo, a pesquisa se vale de concepções trazidas pela doutrina jurídica de Direito Público, a qual elenca os fundamentos para o surgimento de um regime jurídico derogatório do direito comum na Europa continental, bem como explica o porquê da ascensão tardia do Direito Administrativo nos países da família de *common law*. Por conseguinte, empregando-se o método dedutivo de abordagem, parte-se de conceitos e modelos criados e discutidos pela doutrina do Direito Público, com o escopo de averiguar como se manifesta o Direito Administrativo nas famílias romano-germânica e inglês-americana, concluindo-se, ao final, em que medida o regime jurídico administrativo do Brasil reflete os grandes sistemas jurídicos ocidentais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Administrativo. Sistemas jurídicos. *Civil law*. *Common law*. Regime jurídico administrativo.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende abordar a forma como o Direito Administrativo se constitui nos sistemas jurídicos romano-germânico (*civil law* ou sistema europeu continental) e anglo-saxão (*common law* ou sistema inglês). Além disso, intenta elencar as eventuais semelhanças e distinções existentes entre os regimes jurídicos administrativos de ambos os sistemas legais, bem como as suas respectivas influências na formação do regime jurídico administrativo brasileiro.

Para tanto, examina-se a origem do Direito Administrativo, entendido como o ramo do direito derogatório do direito comum (civil ou privado), tanto no sistema de *civil law* como de *common law*. Ademais, analisam-se os fundamentos para a existência de tal regime jurídico na



vertente europeia continental do Direito Administrativo, além das razões verificadas no sistema de *common law* para a não implantação de um direito alheio ao direito comum.

A pesquisa justifica-se em face das transformações por que vem passando o Direito Público, de maneira ampla, e o Direito Administrativo, mais precisamente. Dogmas clássicos como a supremacia *a priori* do interesse público sobre os interesses particulares, bem como a ideia estática de legalidade administrativa, são questões postas em cheque quando consideradas em um contexto de constitucionalização do Direito Administrativo.

Em vista disso, revisitar as diferenças existentes entre ambos os sistemas jurídicos, estritamente no que concerne ao Direito Administrativo, é tarefa necessária à atualização da matéria. Os dois sistemas jurídicos mais tradicionais do Ocidente, cada qual à sua maneira, influenciaram e ainda influenciam o desenvolvimento do regime jurídico administrativo brasileiro.

Considerando o escopo central do trabalho, utilizar-se-á do método dedutivo de abordagem, partindo-se de conceitos e modelos criados e discutidos pela doutrina jurídica com o objetivo de averiguar como se manifesta o Direito Administrativo nos sistemas romano-germânico e anglo-saxão, bem como quais são as justificativas para a sua existência nos dois sistemas. Outrossim, o método de pesquisa bibliográfico será empregado, uma vez que, para atingir a meta principal do estudo, serão utilizados livros e textos próprios da ciência jurídica, além da consulta no direito positivo.

Destarte, a presente pesquisa tem como finalidade analisar o Direito Administrativo nos sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law*, examinando o surgimento e os motivos para a implementação do regime exorbitante em ambas as tradições jurídicas ocidentais. Igualmente, busca demonstrar os reflexos dos dois sistemas jurídicos na formação do regime jurídico administrativo brasileiro.

## **1 A ORIGEM E OS FUNDAMENTOS PARA A EXISTÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO (*CIVIL LAW*)**

A doutrina jurídica costuma apontar como marco inicial do Direito Administrativo europeu continental a Lei do dia 28 de *pluviose* do ano VIII da Primeira República Francesa, iniciada em 1792. A lei, que data do ano de 1800, definiu a estrutura e as atribuições da Administração Pública da França após a Revolução Francesa, submetendo o Poder Executivo às vontades gerais do Poder Legislativo, rompendo assim com o *ancién regime* e a ideia do rei



como emanador inquestionável das leis.

Na visão geral, esse nascimento do Direito Administrativo na Europa continental se deu em paralelo à ascensão do liberalismo político, fundado na separação de poderes teorizada por Locke e Montesquieu, bem como na divisão de competências entre os diversos órgãos do Estado. Dessa forma, a existência de um direito próprio da Administração Pública, derogatório do direito comum aplicável aos particulares, estaria atrelado - contraditoriamente - ao surgimento da ideia de Estado de Direito, império da lei e constitucionalismo.

Em verdade, o que se evidencia é que, anteriormente à Revolução Francesa e à instituição dos ideais liberais em grande parte dos países europeus, a acepção de Direito Administrativo estava inserida na própria ideia de Estado de Polícia, singular das monarquias absolutas. O poder de polícia, função única do ente estatal na época, confundia-se com a própria ideia de Direito Público, e era considerado ilimitado em razão do poder absoluto de que detinham os reis, dando azo aos abusos perpetrados pelo Estado na altura.

Carlos Ari Sundfeld muito apropriadamente elenca as características do Estado europeu na altura (2009, p. 35):

O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao Estado-Polícia, que impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas).

Após a deflagração das revoluções que impuseram limitação à força estatal, este poder de polícia submeteu-se, por conseguinte, à legalidade, tendo sido aí que o Direito Administrativo erigiu como disciplina autônoma. Contudo, apesar de ter sido severamente limitado pela lei - e por consequência, pelo Parlamento -, as autoridades executivas procuraram manter pelo menos alguns de seus privilégios, começando pela diferenciação quanto ao regime jurídico aplicável às relações administrativas, à par das relações privadas.

Nesse sentido, o Direito Administrativo, entendido como um regime jurídico especial da Administração Pública, é visto na Europa Continental como uma reminiscência do regime monárquico absolutista, na medida em que concedia ao Poder Público prerrogativas não encontradas nas relações jurídicas privadas (BINENBOJM, 2020, p. 40-41).

Na França, especialmente, a criação de um regime jurídico administrativo resultou na exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário dos atos próprios da Administração. Segundo o artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, aos juízes era vedado, sob pena de prevaricação,

perturbar ou de alguma forma interferir nas operações dos corpos administrativos. Igualmente, na Constituição de 3 de agosto de 1791, constava que “os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais”. Assim, instituído o denominado contencioso administrativo, a análise sobre a validade dos atos da Administração Pública francesa era submetida tão somente a órgãos ligados ao Poder Executivo.

Essa restrição ao alcance do Poder Judiciário se deu, em grande medida, em virtude do ceticismo com que os revolucionários da França enxergavam os juízes pré-revolução. Os magistrados, por meio de suas decisões, apoiavam ou acabavam por colaborar com a manutenção do *status quo* vigente durante o Antigo Regime monárquico (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 40).

É pertinente ressaltar que, a partir da implementação do contencioso administrativo, o desenvolvimento do regime jurídico administrativo na França se deu, em grande medida, graças à construção jurisprudencial do Conselho de Estado. As prerrogativas públicas, assim como a própria ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse particular, ainda hoje amplamente difundida, foram fruto do trabalho pretoriano do Conselho.

Neste giro, Gustavo Binbenojm com muita propriedade afirma que a produção jurisprudencial do Conselho de Estado francês fez nascer boa parte do arcabouço de privilégios que detém a Administração Pública. Em tal contexto, o órgão de cúpula do contencioso administrativo da França ocupou-se de criar um direito exorbitante do direito comum, incumbido de regular as relações do Estado e entre este e os cidadãos (BINENBOJM, 2020, p. 39-40).

O contencioso administrativo francês, que serviu de modelo em diversos países periféricos, se consolidou com a independência funcional do próprio Conselho de Estado, adquirida em 1872, ocasião em que o órgão deixou de submeter suas decisões ao crivo do chefe de Estado. Por conseguinte, com as decisões do Conselho sendo dotadas de coisa julgada, sendo assim insuscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário, concretizou-se na França o sistema de dualidade de jurisdição, caracterizado pela coexistência da jurisdição comum e da jurisdição administrativa, esta última um braço do Poder Executivo.

Em 1873, um ano após o Conselho adquirir a dita independência, ocorreu o célebre caso Blanco, que tratava do atropelamento de uma menina, Agnès Blanco, por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, pertencente ao Estado francês. O caso resultou



no conflito de competência negativo entre o Conselho de Estado, incumbido da jurisdição administrativa, e a Corte de Cassação, responsável pela jurisdição comum. O conflito foi resolvido pelo Tribunal de Conflitos, que fixou a competência do Conselho de Estado, considerando o envolvimento de serviço público no caso e a necessidade de aplicação de regras de Direito Administrativo (OLIVEIRA, 2021, p. 2).

De se ver assim que, até mesmo em casos de responsabilidade civil, matéria esta que era reservada, anteriormente, ao campo do Direito Civil, seria possível a incidência de regras especiais de Direito Administrativo, na hipótese de haver envolvimento do Estado ou de entidades estatais. Este envolvimento, por sua vez, era suficiente para definir a competência da corte administrativa, pondo em evidência a autonomia do Direito Administrativo com relação às regras de Direito Privado.

Hely Lopes Meirelles (2015, p. 55) muito bem sintetiza o sistema de jurisdição administrativa da França, referindo que

No sistema francês todos os tribunais administrativos sujeitam-se direta ou indiretamente ao controle do Conselho de Estado, que funciona como juízo de apelação (*judge d'appel*), como juízo de cassação (*judge de cassation*) e, excepcionalmente, como juízo originário e único de determinados litígios administrativos (*judge de premier et dernier ressort*), pois que dispõe de plena jurisdição em matéria administrativa.

Por conseguinte, observa-se que foi na França onde originariamente surgiram os alicerces teóricos do Direito Administrativo, sob a tutela dos revolucionários de 1789 e com o auxílio da jurisprudência administrativa do Conselho de Estado. Nessa ótica, foi naquela nação que se desenvolveu a ideia de Direito Administrativo como sendo um regime jurídico especial da Administração Pública, derogatório do direito comum (civil) aplicável às relações jurídicas privadas.

Como visto, o modelo adotado na França influenciou em grande medida os países próximos, como a Alemanha e a Itália, bem como os países da Península Ibérica (Espanha e Portugal), sendo estes os principais exemplos da vertente europeia continental do Direito Administrativo. Tal modelo se mostrou alheio, como se verá, ao processo que se vislumbrou em países pertencentes à tradição da *common law*, apesar de nações de ambos os sistemas compartilharem, em termos cronológicos, a deflagração das revoluções liberais, ao exemplo da França e dos Estados Unidos.

Ainda relativamente aos países integrantes da tradição europeia continental, pertinente mencionar o caso da Alemanha. Embora tenha havido influência francesa, o Direito Administrativo alemão não expressa a mesma ideia com que o faz na França. Com os tedescos,

a criação de um direito especial da Administração Pública se deu, notadamente, por obra dos doutrinadores, os quais partiram à uma sistematização das regras de Direito Público, tendo como modelo os institutos que já eram aplicados no âmbito do Direito Privado.

Após a superação da teoria do fisco, baseada na diferenciação entre o Estado e o Fisco, em meados do século XIX passou-se a se desenvolver o Direito Público alemão, e mais propriamente o Direito Administrativo. Assim como na França, boa parte dos paradigmas do regime jurídico administrativo hoje aceitos foi teorizada neste século, após a disseminação das ideias liberais de limitação do Estado, que, de uma forma ou de outra, acabaram por influenciar a cultura político-jurídica da Europa na altura (DI PIETRO, 2020, p. 13).

Na Itália, como no caso alemão, não houve uma ruptura revolucionária como a verificada na França. Os italianos, contudo, foram igualmente influenciados pelos franceses no que diz respeito ao Direito Administrativo, precisamente pela aceitação generalizada dos dogmas pregados na Revolução Francesa. Costuma-se referir que a ciência jurídica da Administração Pública começa a ser teorizada na Itália antes mesmo da unificação do país (como na Alemanha), com a obra vanguardista de Gian Domenico Romagnosi, de 1814, intitulada *Principii fondamentali di Diritto Amministrativo* (MOREIRA NETO, 2014, p. 116).

Os modelos italiano, espanhol e português herdaram boa parte das características peculiares do modelo francês. Do trabalho em conjunto da doutrina e jurisprudência desses países é que o regime jurídico administrativo foi sendo construído no decorrer dos dois últimos séculos, sendo sempre caracterizado como o direito especial da Administração Pública, próprio de suas relações e distinto do direito dos particulares.

Nessa ótica, Odete Medauar assevera que no transcorrer dos séculos XIX e XX é que se desenvolveu, graças ao trabalho científico da doutrina e jurisprudência francesas, alemãs e italianas, o “núcleo básico” do Direito Administrativo europeu continental. Tal núcleo é composto dos seguintes temas: “autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; jurisdição administrativa; poder discricionário; interesse público; serviço público; poder de polícia; hierarquia; contratos administrativos” (MEDAUAR, 2018, p. 31).

Nada obstante, é sempre pertinente lembrar que, durante o século XX, boa parte dos países integrantes do sistema europeu continental vivenciou algum tipo de regime totalitário. A adoção da retórica nazista e fascista (nas suas vertentes italiana, espanhola, portuguesa e até mesmo francesa, considerando o regime de Vichy que vigorou no país durante a Segunda

Guerra Mundial) certamente que alterou toda a ordem jurídica desses países, o que inclui o Direito Administrativo, uma vez que a própria estrutura do Estado transformou-se para dar a aparência de legitimidade a tais regimes.

A positivação de princípios autoritários, a repressão generalizada e a onipresença da burocracia estatal, ao abrigo da lei, fizeram com que o Direito Administrativo servisse de pretexto para todo o tipo de barbárie perpetrada pelo Estado, o que só foi superado com o advento do neoconstitucionalismo, movimento que ocorreu na Alemanha Ocidental e na Itália logo após a Segunda Grande Guerra, e mais tardiamente em países como Espanha e Portugal.

Acerca desse período obscuro e trágico da História da humanidade, bem como da ciência jurídica como um todo, Irene Nohara (2019, p. 26) ressalta que

a defesa da ideia de Estado Máximo, aliada à ascensão de extremismos ideológicos, contribuiu, na primeira metade do século XX, para a eclosão do fenômeno do totalitarismo, que se refletiu na presença de Estados que pretenderam transformar praticamente todos os assuntos com relevância social em matérias de direito público. A Segunda Guerra Mundial e a lamentável experiência do holocausto representaram outro ponto nevrálgico da história mundial, do qual emergiu a necessidade de revisão de vários paradigmas, entre eles o da legalidade, uma vez que, sob a proteção da lei, ou seja, sob o manto de legalidade, foram criados braços estatais de extermínio em massa de seres humanos.

Para Gustavo Binjenbojm, a tradição romano-germânica do Direito Administrativo, calcada no princípio da supremacia *a priori* do interesse público sobre os interesses particulares, detém uma característica marcadamente organicista hegeliana. Tal linha de pensamento, que segundo o autor deixa de considerar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, teria aberto caminho à ascensão das doutrinas totalitárias do nazismo, fascismo e comunismo (BINENBOJM, 2014, p. 84).

Em verdade, depreende-se que o Direito Administrativo, apesar de ter a sua origem teórica no século XVIII, em paralelo ao movimento liberal-constitucionalista, possui uma tendência autoritária na sua vertente europeia continental. Veja-se que, embora tenha se submetido ao primado da Lei e à igualdade formal, o ordenamento jurídico de origem romano-germânica continuou a diferenciar o Direito do Estado do Direito dos particulares, só que dessa vez sob o pretexto da supremacia *a priori* do interesse público sobre o particular. É de se reconhecer que tal linha de pensamento, somado ao ressentimento quanto ao desfecho da 1ª Guerra Mundial, tenha de certa forma auxiliado no desenvolvimento das teorias totalitárias do primeiro pós-guerra, teses estas sempre baseadas na superioridade do coletivo em relação ao particular.

Nesse sentido, oportuna a colocação de Marçal Justen Filho (2016, p. 140):



A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo.

No Brasil, acolheu-se considerável parcela do regime jurídico administrativo existente no sistema de tradição romano-germânica. Especificamente em relação ao Direito Administrativo francês, o ordenamento brasileiro herdou ideias chave para a configuração do regime jurídico administrativo, como o conceito de “ato administrativo, com o atributo da autoexecutoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade” (DI PIETRO, 2020, p. 27).

Quanto ao Direito Administrativo italiano, o sistema jurídico brasileiro se valeu dos conceitos de mérito administrativo, interesse público e da própria mecânica de estudo desse ramo do Direito, mais atrelada à abstração doutrinária do que ao casuísmo da jurisprudência. Nesse sentido, o regime jurídico administrativo do Brasil se aproxima do modelo italiano, por ser mais ligado à lei positivada do que à jurisprudência (DI PIETRO, p. 28-29).

De Portugal, além de compartilhar a cultura, bem como a própria língua portuguesa, o Brasil herdou a estrutura da burocracia estatal, por meio da qual aplica-se o Direito Administrativo hodiernamente. Vale ressaltar que durante todo o período colonial o Brasil “esteve atrelado à legislação lusitana, e alguma coisa que dissesse respeito a esse ramo do saber jurídico era objeto de estudo em obras gerais de Direito Público dos autores portugueses” (GASPARINI, 2012, p. 42).

De se mencionar que a herança portuguesa também teve seus infortúnios. Tendo como legado principal o sistema burocrático e essencialmente patrimonialista de Portugal, durante sua história o Brasil foi marcado pela inviabilidade em implantar um Estado baseado no império da lei e na igualdade formal. Uma vez integrados na burocracia do Estado, muitos dos agentes sentiam-se imunes ao alcance da Lei, o que, por via de consequência, resultou no nepotismo, no clientelismo e na apropriação de bens públicos para fins privados.

No seguinte trecho, retirado da atemporal obra *Os Donos do Poder*, Raymundo Faoro sintetiza os elementos que formaram o Estado brasileiro (2012, p. 823):

Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será o do predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza (cap. III, 3) progressivamente, em mudança de acomodação e não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro



administrativo, a chefia dispersa assume caráter patriarcal, identificável no mando do fazendeiro, do senhor de engenho e nos coronéis. Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal.

Deste modo, a adoção da dogmática relacionada ao Direito Administrativo de origem europeia continental, conjugada à herança patrimonialista do Estado monárquico português, resultou na ausência, no Brasil, de um Estado genuinamente liberal, tendo como corolário lógico a impossibilidade de se formar um Estado de bem-estar social bem estruturado, apto a maximizar as riquezas sociais e assim amenizar as desigualdades.

Do exposto, não obstante já houvesse, nos Estados absolutistas modernos, um Direito Público - caracterizado pelo poder de polícia estatal -, depreende-se que boa parte dos paradigmas do Direito Administrativo (assim como o seu substrato teórico) surgiu com a deflagração das revoluções liberais do século XVIII, em que a Administração Pública foi submetida juridicamente ao princípio da legalidade, mesmo que mantendo alguns privilégios.

Assim se caracteriza o Direito Administrativo da tradição europeia continental. Vê-se como atributos essenciais deste sistema a existência de um regime jurídico especial da Administração Pública, regime este derogatório do direito comum aplicável aos particulares. Tal conjunto de regras publicísticas têm como ponto de partida o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses individuais, cuja existência fundamenta boa parte das prerrogativas do Poder Público ainda hoje vigentes.

## 2 A RESISTÊNCIA DA *COMMON LAW* E A IMPLEMENTAÇÃO TARDIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA INGLÊS

Viu-se que na tradição de *civil law*, ou seja, no sistema europeu continental, predominou o Direito Administrativo como uma reminiscência das antigas prerrogativas de que detinham os monarcas absolutos. Embora submetidos à Lei - ou pelo menos a uma ideia de legalidade -, após a Revolução, os agentes do Estado encontraram no regime jurídico administrativo uma forma de manter, sob o manto da legalidade, alguns dos privilégios característicos do regime político anterior.

No sistema de *common law*, por outro lado, o nascimento do Direito Administrativo se deu tardiamente e sob um viés um tanto distinto daquele experienciado na tradição romano-germânica. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, principalmente, a deflagração de revoluções

liberais resultou numa total submissão do Estado ao Direito, a ponto das relações jurídicas estatais serem igualadas àquelas travadas por particulares.

Nas nações em que se acolheu a *common law*, prevaleceu, muito mais substancialmente, o primado da lei (*rule of law*), entendida nestes países, mais do que em outros, como a manifestação do Poder Legislativo no exercício da representação do cidadãos. Ademais, sendo o Estado severamente limitado pela Constituição - escrita nos Estados Unidos e produto das leis e do costume na Inglaterra -, a tradição de *common law* (lei comum, lei de todos) desenvolveu-se no sentido de igualar, juridicamente, o ente estatal ao cidadão, e justamente em razão disso houve uma dura resistência na criação de um regime jurídico próprio para a Administração Pública.

Trabalhando as diferenças entre os sistemas jurídicos inglês e europeu continental, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 43) afirma que a família do Direito inglês, na contramão da *civil law* romanista, mostra-se “avessa a esquemas rígidos”, sendo

baseada nos costumes, entendidos como a *law of the land*, na *equity*; nas decisões judiciais, na força dos *precedents*, e onde, por isto mesmo, vigora o *case law*. Daí seu estudo acadêmico basear-se, muito compreensivelmente, no *case method*. É o sistema da chamada *common law*, o qual expressa com fidelidade o espírito tradicionalmente individualista e libertário que desde todos os tempos havia caracterizado os povos germânicos.

Especificamente no tocante ao modelo americano, discorrem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 59), referindo que

O modelo constitucional dos Estados Unidos representa a tentativa de conciliação entre dois vetores. De um lado, o vetor democrático, de autogoverno do povo, captado pelas palavras que abrem o preâmbulo da Carta americana (*We, the People of the United States...*). Do outro, o vetor liberal, preocupado com a contenção do poder das maiorias para defesa de direitos das minorias. O arranjo estabelecido pela Constituição norte-americana busca, concomitantemente, fundar o exercício do poder político no consentimento dos governados e estabelecer mecanismos que evitem que esse poder se torne opressivo, ameaçando a liberdade individual.

Por conseguinte, não há, nesse sistema, uma distinção organizada entre Direito Público e Direito Privado, apartação esta usualmente feita na família de *civil law*. Muitas das matérias que constituem o Direito Administrativo na tradição europeia continental (v. g. a existência de um estatuto legal próprio de contratação para ingresso no setor público) praticamente inexistem em países nos quais se adota o sistema jurídico inglês. Outrossim, diversas disciplinas do Direito Administrativo romano-germânico são estudadas, na tradição de *common law*, no âmbito do Direito Constitucional (controle da Administração Pública, poder de polícia, etc), do Direito Civil (v. g. atos jurídicos), e da própria Ciência Política.

Outro atributo, próprio do Estado norte-americano - e que de certa forma decorre da

ideia acima exposta -, é a da possibilidade de submissão dos atos da Administração Pública ao crivo do Poder Judiciário. Impera, assim, o sistema de unidade de jurisdição, no sentido de que apenas os juízes têm o poder de dizer, de maneira definitiva (com atributo de coisa julgada), o Direito. Embora haja uma óbvia e necessária deferência com os atos emanados pelos outros Poderes, em respeito à vontade geral e, em última análise, à democracia, ao Judiciário é dado anular qualquer ato, público ou privado, que seja contrário à lei ou à Constituição.

Vale ressaltar, inclusive, que foi nos Estados Unidos onde se desenvolveu o controle de constitucionalidade na sua vertente difusa, ou seja, o poder de qualquer juiz de afastar a aplicação de uma lei no caso concreto, tendo em vista sua evidente inconstitucionalidade. Tal prerrogativa foi reconhecida aos magistrados e tribunais na decisão exarada no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1803 (OLIVEIRA, 2018, p. 15).

Na Inglaterra, por outro lado, inexistia o controle de constitucionalidade, sendo que a nenhum órgão é dado afastar a aplicação ou anular uma lei votada pelo Parlamento, conferindo ao Poder Legislativo a supremacia que, nos EUA, é da Constituição. Nesse sentido leciona o constitucionalista inglês, Professor da Universidade de Oxford, Albert Venn Dicey, para quem o princípio da supremacia do Parlamento, na Inglaterra, significa que a casa legislativa pode elaborar ou desfazer qualquer lei; a ainda, que nenhuma pessoa ou órgão tem o direito de se sobrepor ou colocar de lado a legislação do Parlamento (DICEY, 1915, p. 36).

É de se ressaltar que Dicey, na época em que redigiu *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), mostrava-se cético quanto à instituição, na Inglaterra, de um regime jurídico administrativo tal qual o adotado na França na altura. O renomado jurista insistia na ideia de que o regime administrativo continental era completamente incompatível com a acepção de *rule of law* e com as liberdades constitucionais consagradas no país. Impedir que fosse submetida qualquer questão de Direito perante os tribunais, como a França o fazia com a sua “jurisdição administrativa”, era violar a própria *common law*, bem como a corolária noção de que havia somente uma lei aplicável a todos.

Na Inglaterra o princípio da supremacia do Parlamento tomou caráter tão substancial que, até a edição do *Constitutional Reform Act*, em 2005, a corte máxima do país era vinculada ao Poder Legislativo, embora já gozasse de notável independência. Com a referida legislação, foi instituída a nova Suprema Corte do Reino Unido, tornando o Judiciário plenamente autônomo em termos estruturais.

Como é próprio da tradição de *common law*, os tribunais desempenham uma função

primária na produção do Direito, por meio da jurisprudência. A título de exemplo, o *Human Rights Act*, lei de 1998 que integrou ao direito inglês os direitos subsumidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, consistiu, em verdade, na positivação de princípios que já observados pelos tribunais com base na *common law* (BARROSO, 2018, p. 39-40).

Sobre a construção jurisprudencial do Direito no sistema inglês, assevera Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 9):

A partir da evolução histórica, verifica-se que o direito inglês não é formado por normas substanciais ou codificadas, que estabelecem direitos e deveres. Ao contrário, o direito é formulado a partir da jurisprudência dos Tribunais Reais (*common law*) e do Tribunal da Chancelaria (*equity*). O direito inglês, dessa forma, é a norma extraída, por indução, da *ratio decidendi* do caso concreto e aplicada aos futuros casos semelhantes.

Destarte, o sistema anglo-saxão se mostrou muito mais atrelado à ideia de império da lei, notadamente no sentido de que todos, inclusive o Estado, submetem-se à mesma legislação, acarretando numa maior resistência na implantação de um regime jurídico administrativo propriamente dito, tal qual na tradição europeia continental. Como aduz Gustavo Binbenojm, “a submissão dos entes públicos às mesmas normas de direito e aos mesmos juízes ordinários a que estavam sujeitos os particulares representava uma exigência natural da noção de *rule of law*” no sistema inglês (BINENBOJM, 2020, p. 41).

Tal tradição verificada no sistema de *common law* não significa, contudo, que países como a Inglaterra e os Estados Unidos recusaram-se a adotar, completamente, regras especiais para a Administração Pública em determinadas situações. Na verdade, o que se vê atualmente é um aumento da influência da lei escrita nestes países, legislação que, em certos casos, confere ao Poder Público certas prerrogativas necessárias à consecução de fins públicos.

A título exemplificativo, cite-se a matéria de contratos governamentais. A partir da década de 1940, várias leis e decisões judiciais passaram a conferir à Administração estadunidense certos privilégios. Na Inglaterra, de modo semelhante, são amplamente aceitas cláusulas nos contratos de obra pública conferindo à Coroa a prerrogativa de rescindir ou modificar unilateralmente a avença, assim como as cláusulas exorbitantes existentes no direito brasileiro. Ainda, é pertinente observar que a responsabilidade civil do Estado, nestes países, não tem o alcance que possui nos países de tradição europeia continental, como a França e o Brasil, os quais adotam a regra da responsabilidade objetiva estatal. Na Inglaterra, até pouco tempo ainda vigorava a máxima *the king can do no wrong*, a impossibilitar a responsabilidade civil da Coroa, enquanto nos Estados Unidos vige a regra da responsabilidade subjetiva do funcionário, admitindo-se a responsabilidade direta do ente público apenas em algumas



hipóteses (DI PIETRO, 2020, p. 19-22).

É de se mencionar, também, a proeminência de agências independentes nos países de tradição inglesa. Tais entidades, que se proliferaram nos EUA, especialmente, a partir da primeira metade do século XX, por muito tempo caracterizaram o próprio Direito Administrativo americano, a ponto de alguns doutrinadores se referirem ao Direito Administrativo dos EUA como um “direito das agências” (DI PIETRO, 2015, p. 185).

Assim, embora a família de *common law* esteja muito mais apegada à ideia de império da lei e de equidade (resultando assim numa maior unicidade com relação às matérias que na tradição continental seriam separadas pela dicotomia Direito Público/Privado), os países da tradição inglesa também possuem regras legais e jurisprudenciais especiais no que concerne à Administração. Ainda, com a “agencificação” de algumas autoridades públicas, o regime jurídico administrativo dos países de *common law* sofreu notável incremento, sendo incorreto afirmar que neste sistema jurídico inexistente, hoje, um Direito Administrativo.

Quanto à influência do sistema inglês no ordenamento jurídico brasileiro, é de se mencionar que o Brasil adotou, na Constituição Federal de 1988, o princípio da unidade de jurisdição, de modo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Dessa forma, qualquer ilegalidade ou ameaça a direito, mesmo que advinda do Poder Público, pode ser submetida ao escrutínio da jurisdição comum.

É evidente a influência do modelo estadunidense nesse ponto. O princípio da unidade de jurisdição foi acolhido no Brasil quando da promulgação da Lei Fundamental de 1891, a primeira carta republicana, que sofreu forte influência da Constituição Federal dos Estados Unidos. Até então, vigorava no Império do Brasil a dualidade da jurisdição, de maneira que os litígios de caráter administrativo eram remetidos à jurisdição administrativa.

Nessa senda, o dispositivo da atual Carta Magna que definiu a jurisdição una (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição), “proibiu a lei de criar órgão administrativo contencioso que tenha que ser necessariamente invocado ou em que a discussão acerca de um litígio tenha que se esgotar” (MARINONI, 2018, p. 735).

Ademais, é de se ressaltar que o modelo das agências reguladoras norte-americanas foi em grande medida transplantado para o ordenamento brasileiro. Na década de 1990, por ocasião dos processos de desestatização realizados pelo governo brasileiro, assistiu-se à criação das agências reguladoras independentes, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP),



sob a forma de “autarquias de regime especial”. Assim como no modelo dos Estados Unidos, as agências foram instituídas, em um primeiro momento, com o fim de regular as atividades econômicas (CARVALHO FILHO, 2017, p. 325-326).

Embora tenham sido instituídas em um contexto completamente oposto àquele experienciado nos Estados Unidos, a estrutura das agências reguladoras brasileiras possui clara inspiração nas *commissions* americanas. Em ambos os hemisférios, as agências são entidades vinculadas ao Poder Executivo, todavia não estão subordinadas ao Chefe do respectivo Poder, detendo larga autonomia decisória e normativa com relação ao setor econômico em que estão inseridas (BINENBOJM, 2005, p. 148-153).

De todo o exposto, infere-se que o Direito Administrativo no sistema de *common law* possui fundamentos diversos daqueles experimentados no sistema continental. Enquanto neste o Direito Administrativo caracteriza-se pelo regime jurídico derogatório do direito comum, naquele o “regime jurídico administrativo”, precisamente as normas atinentes às agências independentes, surgiu da necessidade de regulação de setores econômicos e sociais.

Na tradição inglesa houve e ainda há certa resistência na implementação de normas jurídicas que confirmam à Administração Pública prerrogativas como as existentes na família romano-germânica. Ao contrário da maioria dos países da Europa continental, na Inglaterra e posteriormente nos Estados Unidos (em conflito com o próprio Império Britânico) optou-se por preservar ao máximo os ideais liberais de Estado de Direito e igualdade de todos perante à lei. A tradição de *common law* alicerçou tais princípios à prática jurídica dos tribunais, de modo que a admissão de um regime jurídico completamente distinto do “comum” aparenta ir na contramão da ideia de equidade e paridade das relações jurídicas.

Como visto, considerando os princípios constitucionalistas e o receio quanto às ingerências do Executivo, nos Estados Unidos foi instituída a jurisdição una, dando ao Poder Judiciário o poder de anular qualquer ato contrário ao Direito, mesmo que emanado pela autoridade pública, bem como a competência para julgar os próprios agentes públicos. Evidenciando as distinções entre este modelo e o francês, Alexis de Tocqueville redigiu, em 1848, a seguinte passagem na clássica obra *Da Democracia na América* (2019, p. 126-127):

No ano VIII da república francesa, veio à luz uma Constituição cujo art. 75 era assim concebido: “Os agentes do governo, que não os ministros, não podem ser processados por fatos relativos a suas funções, a não ser em virtude de uma decisão do Conselho de Estado; nesse caso, o processo ocorrerá nos tribunais ordinários”.

A Constituição do ano VIII ficou no passado, mas não esse artigo, que permaneceu; e até hoje é utilizado em oposição às justas reclamações dos cidadãos.

Tentei várias vezes fazer compreender o sentido desse art. 75 a americanos e ingleses,

e tal tarefa me foi sempre difícil.

O que eles de início percebiam é que o Conselho de Estado, na França, era um grande tribunal fixado no centro do reino; havia uma espécie de tirania em rejeitar preliminarmente todos os reclamantes.

Quando, porém, eu procurava fazê-los compreender que o Conselho de Estado não era um corpo judiciário, no sentido comum do termo, mas um corpo administrativo cujos membros dependiam do rei, de tal sorte que o rei, após ter soberanamente ordenado a um de seus serviçais, chamado prefeito, que cometesse uma iniquidade, podia ordenar soberanamente a outro, chamado conselheiro de estado, que impedisse que o primeiro fosse punido; quando eu lhes mostrava o cidadão, lesado pela ordem do príncipe, reduzido a pedir ao próprio príncipe autorização para obter justiça, eles se recusavam a crer em semelhantes absurdos e me acusavam de mentira e ignorância

Assim, tendo como base os princípios do *rule of law*, os países integrantes da família *common law* foram mais céticos na instituição de um regime jurídico especial para o Poder Público, principalmente porque este representava o afastamento das regras aplicáveis aos particulares. Nesse sentido, Inglaterra e Estados Unidos possuem, ainda atualmente, um conjunto de normas jurídico-administrativas muito menos denso do que o existente em países da Europa continental, como demonstrado no Capítulo 1.

Nada obstante, conforme salientado acima, não se pode negar que exista um Direito Administrativo nos países de *common law*, atualmente. Seja conferindo prerrogativas especiais à Administração Pública em contratos públicos, ou alterando o regime jurídico atinente à responsabilidade civil do Estado, ou ainda instituindo agências independentes dos três Poderes, o Direito Administrativo no sistema jurídico inglês constitui um ramo da ciência jurídica em constante desenvolvimento, considerando sobretudo as tendências sociais e regulatórias do Estado contemporâneo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo analisar o surgimento da noção de Direito Administrativo, bem como do respectivo regime legal, nos sistemas jurídicos de *civil law* (sistema romano-germânico ou europeu continental) e de *common law* (sistema inglês ou anglo-saxão). Ademais, procurou averiguar as influências de tais sistemas jurídicos na formação do Direito Administrativo brasileiro.

A primeira parte do trabalho, especificamente, restringiu-se ao sistema jurídico europeu continental, bem como ao Direito Administrativo dos países integrantes deste sistema. Viu-se que foi na França, em um primeiro momento, que sobrevieram as noções de Direito Administrativo e de regime jurídico administrativo. Após a deflagração da Revolução Francesa, buscou-se submeter juridicamente o Estado à legalidade, o que, em verdade, significou na

França a instituição do Conselho de Estado (jurisdição administrativa) e a manutenção de certas prerrogativas estatais do regime absolutista.

Sob a obra pretoriana do Conselho de Estado francês é que se formou a ideia de Direito Administrativo como o regime jurídico derogatório do direito comum. O regime jurídico administrativo, nesse sentido, significou o afastamento do direito aplicado às relações particulares (Direito Civil) e o advento de um conjunto de regras legais e jurisprudenciais aplicáveis às relações jurídicas travadas pelo Estado e entre este e os cidadãos.

Outrossim, no sistema europeu continental, destacou-se a construção do regime jurídico administrativo em países como a Alemanha, a Itália, a Espanha e Portugal. Nestas nações surgiu, sob construção jurisprudencial e/ou doutrinária, o conjunto de dogmas clássicos que desenham o Direito Administrativo tal como entendido hoje. Assim, noções como interesse público, serviço público, poder de polícia e contrato administrativo foram desenvolvidas nestes países no decorrer dos séculos XIX e XX.

O Brasil, sobretudo em razão da colonização ibérica, transplantou no seu ordenamento boa parte do regime jurídico administrativo encontrado nos países da família de *civil law*. À exceção da existência de um contencioso administrativo, o Direito Administrativo brasileiro se assentou nos principais paradigmas científicos criados na tradição europeia continental, tal como os acima elencados.

No que se refere ao sistema de *common law*, averiguou-se que a construção de um Direito Administrativo se deu de maneira tardia e sob fundamentos diversos. Reservados aos ideais do *rule of law*, bem como concentrados na preservação das liberdades públicas, países como a Inglaterra e os Estados Unidos demonstraram resistência na criação de um regime jurídico especial, alheio ao comum e próprio do Poder Público.

Na Inglaterra, especialmente, os princípios liberais foram acolhidos pelo Parlamento e pelos tribunais, os quais, por intermédio da *common law*, rejeitaram o regime jurídico administrativo. Nos Estados Unidos, a supremacia da Constituição e das liberdades individuais, bem como a instituição de um Poder Judiciário competente para analisar a validade de qualquer ato jurídico, inclusive aqueles emanados pela Administração Pública, impediram a formação de um regime jurídico exorbitante do direito comum.

Contudo, viu-se que a negativa segundo a qual inexistente o Direito Administrativo nos países da tradição de *common law* é inverídica. Ao longo do século XX desenvolveram-se, nestes países, regras legais especiais para a Administração Pública, *v. g.* as atinentes aos



contratos governamentais. Outrossim, com a criação, nos EUA e na Inglaterra, de agências independentes (*commissions* ou *regulatory agencies*) o Direito Administrativo no sistema de *common law* sofreu notável incremento, estando em desenvolvimento constante.

Do sistema inglês, o Brasil acolheu a unidade de jurisdição, desde a primeira constituição republicana. Com isso, conferiu aos juízes o poder de rever os atos administrativos ilegais e deu ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir de maneira definitiva, com força de coisa julgada. Neste ponto, o regime jurídico administrativo brasileiro distanciou-se da herança europeia continental. Ademais, evidenciou-se que a estrutura das agências independentes americanas foi reproduzida quando da implantação das agências reguladoras no Brasil, nos anos 1990.

Destarte, concluiu-se que o regime jurídico administrativo do Brasil formou-se do conjunto de dogmas construídos na tradição do Direito Administrativo europeu continental, herdando deste sistema jurídico noções como interesse público, serviço público, poder de polícia e atos administrativos. Por fim, inferiu-se que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a jurisdição una do sistema jurídico inglês, assim como a essência das agências independentes de matriz norte-americana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun., 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 29 jun. 2021.



CARVALHO FILHO, José dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8.ed. Londres: Macmillan, 1915.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 5.

ed. São Paulo: Globo, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao art. 5º, XXXV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 731-747.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum,

2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41.ed. atualizado por Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019.



# CAPÍTULO 7

## VIOÊNCIA DE GÊNERO: ANÁLISE DE CASOS PARADIGMAS

**Sofia de Castro Montelione**, Monitora de Introdução ao Estudo do Direito, PUC - SP  
**Luiza Hernandez Gagliardi**, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, SP  
**Laura Dias Carneiro**, Monitora das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito I e Sociologia Geral, PUC - SP  
**João Guilherme Rebello Fernandes**, PUC - SP  
**Laís Bassoli**, PUC - SP  
**Pedro Augusto de Castro Simbera**, Estudante-pesquisador de Iniciação Científica, PUC - SP

### RESUMO

O presente estudo tem como objeto uma análise a partir de casos. Neste sentido, se utilizou o Caso Maria da Penha Vs. Brasil e o Caso Larissa Rodrigues, em que respectivamente, serão utilizados para analisar qualitativamente as severas violações contra as mulheres e contra a comunidade LGBTQIA+. Por meio de tais casos, extrai-se que as vítimas são alvo de severas violações de direitos humanos e se estende a precária falta de acesso à justiça. Neste interim, denota-se como são violações que transcendem o particular e expõem um corpo social que inibem a manifestação das diversidades de uma sociedade. Nota-se que o Caso Maria da Penha ganhou uma repercussão nacional, posto que as violações foram reconhecidas e julgadas em âmbito internacional. O que viabilizou um processo nacional de tipificação e regulamentação dessas violações. Não obstante ao avanço destacado acima, entendem-se que o país caminha a passos curtos em busca de reconhecimento das inúmeras diversidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência de gênero; contra mulher; contra lgbtqia+; promoção da justiça; diversidade.

### INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo que tem como escopo a análise de casos paradigmáticos acerca do tema violência de gênero. Em minúcias, busca-se aqui demonstrar algumas das principais consequências e reflexos de tais casos. Será abordado o caso Maria da Penha vs. Brasil, para assim, ser abordado alguns nuances da violência de gênero contra a mulher. Bem como, o caso Larissa Rodrigues para analisar algumas consequências da violência de gênero contra o público LGBTQIA+. Destaca-se que, infelizmente, tais casos não são únicos, foram escolhidos para o presente estudo devido a seus reflexos e o modo como se concebeu. Portanto, não exclui a ocorrência de outros potenciais casos que venham a ser considerado paradigmáticos.

Neste sentido, a proposta do trabalho é demonstrar a importância de estudos a partir de casos emblemáticos, que apesar da infelicidade daqueles indivíduos, é possível detectar as graves violações aos direitos humanos. Destas violações, nota-se que transcendem o particular



e expõem as raízes da sociedade, além de inibirem ou impossibilitarem suas vítimas de acessarem a justiça, posto que veremos como o judiciário se comportou em cada um deles. Portanto, é de mister identificar a necessidade de promoção de lutas com a finalidade de promoção de mudanças estruturais e que visem assegurar a manifestação das inúmeras diversidades que temos em uma sociedade.

Para tanto, abordou-se o tema através do estudo de casos, promovendo uma abordagem qualitativa de seus resultados por meio da pesquisa bibliográfica.

O caso Maria da Penha, ocorrido em 1983, no Brasil, foi analisado, principalmente, por meio do Relatório nº 54/01, proferido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A leitura do relatório possibilitou o conhecimento do caso e o entendimento de como é o desdobramento daqueles acontecimentos que, havendo insuficiência interna na resolução do problema, são levados ao âmbito internacional. Ademais, a presente análise terá como intuito ir além do relatório e observar outros aspectos da violência contra a mulher no país, verificando, através de estudos desenvolvidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pelo projeto “Justiceiras”.

O caso Larissa Rodrigues, ocorrido em 2019, no Estado de São Paulo foi utilizado com o objetivo de apresentar uma das possibilidades de discriminação causada pela misoginia, assim como exemplificar que seus ataques não são restritos a mulheres cisgêneros. A partir do conhecimento e leitura do caso, ademais aos altos índices de assassinatos de travesti e transexuais – segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, a expectativa de vida de pessoas não cisgêneros é de 35 anos -, foi necessário entender a origem dessa violência e qual seu sentimento motivador, principalmente quando se analisa a violência utilizada nos assassinatos. Deste modo, volta-se para uma análise estrutural da sociedade brasileira, a fim de elucidar e compreender melhor este fenômeno.

A fim de um melhor entendimento do tema a ser abordado, é necessário apresentar e definir alguns termos quanto à sexualidade humana. John Money, psicólogo neozelandês, foi um dos primeiros a trabalhar e desenvolver estudos acerca da identidade de gênero e orientação sexual. Money busca ter uma abordagem mais interacionista, ou seja, levando em conta tanto os elementos culturais, quanto os filogenéticos, e criando a distinção entre sexo, gênero e orientação sexual. Dentro de sexo, define-se “fêmea”, “macho” e intersexo, dentro do gênero se define o feminino, masculino e andrógono (se aproximando da não-binariedade atual), já na



orientação sexual, propõe a bissexualidade, heterossexualidade e homossexualidade (CARDOSO, 2008).

Introduzindo a pesquisa de Money a um contexto mais atual, é possível consumir quanto aos termos identidade de gênero e orientação sexual. Sendo assim, identidade de gênero diz respeito a como o indivíduo se enxerga e é enxergado perante a sociedade, podendo ser concordante (cisgênero) ou discordante (transgênero) do seu sexo biológico. A orientação sexual relaciona-se a atração sexual experienciada por uma pessoa e como seus relacionamentos afetivos-eróticos se desenvolvem (CARDOSO, 2008). Este conceito apresenta uma grande variedade de definições dentro da literatura, porém a grande maioria inclui os componentes psicológicos e comportamentais (RANDALL, 1997).

Apresentados os conceitos, é possível citar a comunidade LGBTQIA+, a qual contempla as sexualidades que fogem da heteronormatividade e do gênero concordante com o sexo. Respectivamente, a sigla contempla as comunidades lésbica, gay, bissexual, transexual e travesti, queer, intersexo, assexuais e mais sexualidades existentes na comunidade.

## **VIOLÊNCIA DE GÊNERO E COMO SE ESTABELECE**

A reprodução da existência humana é baseada em um binarismo, ou seja, determinando elementos e características sobre o sexo biológico, que ao serem aplicados à socialização, tem-se como resultado o feminino e o masculino. O desenvolvimento da sociedade, através de seus elementos culturais, resulta na criação de um sistema de expectativas a serem cumpridas acerca da feminilidade e da masculinidade, sendo o primeiro reservado exclusivamente para mulheres biológicas e o segundo para homens biológicos. A construção de gênero se dá por meio das dinâmicas sociais experienciadas (expectativas), considerando não somente seu corpo e suas inter-relações, mas também o intelecto, fatores emocionais e o caráter do Eu, que entra em conflito com o outro (SAFFIOTI, 1992).

Posto isto, com a divisão sexual da sociedade – e como consequência, do trabalho -, se cria uma dinâmica opressiva que impõe relações de poder sobre o outro. Ao permitir ao masculino a vida pública, em ambientes de trabalho exteriores a casa em trabalhos produtivos, a possibilidade de poder político e liberdade econômica, e restringir ao feminino os espaços domésticos, favorece o ambiente para que haja uma assimetria nos direitos sociais das mulheres, quando comparados com os direitos sociais detidos pelos homens. Deste modo, portanto, estabelecendo a subordinação de gêneros.



O sistema do sexo-gênero, enfim, é tanto uma construção sociocultural quanto um aparato semiótico, um sistema de representação que atribui significado (identidade, valor, prestígio, posição de parentesco, status dentro da hierarquia social etc.) a indivíduos dentro da sociedade. (LAURETIS, 1994)

A sociedade contemporânea é estabelecida por relações de poder e de exploração, as relações interpessoais e sociais formadas entre os diferentes gêneros também se baseia nesta ideia. Através do desenvolvimento das sociedades, as expectativas acerca dos papéis a serem desempenhados foram sendo delimitadas, a partir do gênero da pessoa, possuindo cargas morais e códigos de conduta adequados, hostilizando todo comportamento que fuja da norma estabelecida.

Os trabalhos de força, prover financeiramente para a família, as funções políticas e entre outros papéis, passaram a ser delimitados aos homens, enquanto as mulheres, por sua capacidade biológica de gestar, passaram a performar papéis de criação e educação das crianças, assim como trabalho doméstico - que, de certa maneira, fazia parte da criação infantil. Partindo deste pressuposto, é possível entender que o gênero é uma construção histórica-social a partir das lógicas de relação presentes, fundamentada nas significâncias e simbologias aplicadas aos sexos.

Por essa abrangência maior quanto às funções a serem exercidas pelos homens, principalmente no âmbito político, as relações de opressão e subordinação - e até de propriedade - se aprofundam, gerando um desequilíbrio de poder e, portanto, criando um espaço social violento em relação às mulheres, consolidando a sociedade patriarcal, alimentada pela divisão sexual do trabalho.

A violência de gênero, de uma maneira mais simplória, é vista somente como a agressão, física ou verbal, explícita. Contudo, existem mais elementos que a constituem. Por ultrapassar a barreira pessoal, a violência afeta todos os aspectos da vida social da mulher, não somente nas relações interpessoais heteronormativas. O pensamento patriarcal está arraigado na cultura e no inconsciente coletivo local, se fazendo, desta forma, presente em todas as relações, inclusive institucionais.

Ao pensar na violência de gênero em um nível pessoal e dentro de uma relação heteronormativa, a forma mais comum é a violência física e psicológica, podendo se estender por longos períodos, havendo a possibilidade de cessar somente com a morte de uma das partes da relação.



## VIOLÊNCIA DE GÊNERO EXEMPLIFICADA

### CASO MARIA DA PENHA

Em decorrência da natureza cruel do fato, o caso Maria da Penha marcou a história do combate à violência doméstica. Foi por meio dele que posteriormente implantou-se uma lei que fosse mais incisiva na luta contra a violência de gênero, visto que o número de denúncias cresceu de forma significativa após a sua sanção. Apesar disso, inúmeras mulheres brasileiras, em pleno séc. XXI, ainda são submetidas a tratamentos desrespeitosos, machistas e cruéis. Assim, a guerra à violência contra a mulher deve ser constante. Ante o exposto, para entender minuciosamente o porquê de o caso ter sido tão significativo, é de suma importância estudá-lo com detalhes, por intermédio do Relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Tudo começou a partir da apresentação à Comissão mencionada, no dia 20 de agosto de 1998, de uma denúncia, perpetrada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher. Esses alegaram tolerância do Estado brasileiro para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros, o então marido de Maria da Penha, contra ela, a qual sofreu com duas tentativas de homicídio e agressões em maio e junho de 1983, sendo que uma dessas agressões foi responsável por resultar na paraplegia irreversível sofrida pela Senhora. Os peticionários, então, denunciaram o país por não ter tomado, em um período de mais de 15 anos, nenhuma medida necessária e efetiva para punir o agressor, apontando a violação aos artigos 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana, aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tal como aos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará (CIDH, 2001).

Com detalhes, os fatos apresentados pelos peticionários são os seguintes: no dia 29 de maio de 1983, Maria da Penha foi vítima em seu domicílio de uma tentativa de homicídio por parte do seu então esposo, o qual disparou contra suas costas um tiro enquanto a mesma dormia, resultando em sua paraplegia irreversível, além de outros traumas e complicações físicas (CIDH, 2001). De acordo com ela, seu esposo tinha temperamento agressivo e violento e, frequentemente, a agredia e agredia suas filhas, alegando que, por medo de perder a vida, não tinha coragem de se separar (CIDH, 2001). Ademais, sustentou que o Senhor Marco teria procurado encobrir o crime com o argumento de ter havido uma tentativa de roubo e agressão a seu domicílio por parte de ladrões que teriam fugido (CIDH, 2001). No entanto, as agressões



não cessaram e, logo depois da Senhora Maria da Penha retornar do hospital, no dia 6 de junho de 1983, essa sofreu com uma segunda tentativa de homicídio, quando seu esposo teria tentado eletrocutá-la durante o banho. A partir desse fato, a mesma decidiu separar-se dele judicialmente.

Ademais, conforme o Relatório, é assegurado pelos peticionários que:

O Senhor Heredia Viveiros agiu premeditadamente, pois semanas antes da agressão tentou convencer a esposa de fazer um seguro de vida a favor dele e, cinco dias antes de agredi-la, procurou obrigá-la a assinar um documento de venda do carro, de propriedade dela, sem que constasse no documento o nome do comprador. (CIDH, 2001, p. 2)

Além de que, posteriormente, foi constatado que o Senhor Marco Antônio tinha um passado de delitos, era bígamo e tinha um filho na Colômbia (CIDH, 2001).

Por meio de tais fatos e da investigação judicial, que teve seu início logo após a segunda agressão, o Ministério Público apresentou sua denúncia contra o Senhor Heredia Viveiros em 28 de setembro de 1984, perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza (CE). Contudo, o caso demorou o total de 8 anos para ir ao plenário do Júri, sendo julgado apenas no dia 4 de maio de 1991. O julgamento resultou em uma sentença penal condenatória de 10 anos, em razão da não constatação de condenação anterior e do seu grau de culpabilidade na agressão e tentativa de homicídio. Entretanto, após 3 anos, o Tribunal de Alçada aceitou a apelação da defesa e anulou a decisão do Júri, devido aos vícios na formulação de perguntas aos jurados. Logo, em 15 de março de 1996, quase 5 anos depois, foi realizado um segundo Júri, responsável pela condenação do Senhor Marco Antônio a 10 anos e 6 meses de prisão. Os peticionários, então, manifestaram que o Tribunal novamente aceitou uma segunda apelação da defesa, mas que, todavia, desde 22 de abril de 1997, o processo se encontrava “à espera da decisão do recurso em segunda Instância perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e, até a data da apresentação da petição à Comissão, não havia sido julgado” (CIDH, 2001, p. 3).

Em suma, a indignação e a revolta dos peticionários e da vítima era com relação à maneira ineficaz de agir do Poder Judiciário cearense e do Estado brasileiro em deixar de conduzir um processo judicial envolvendo um caso tão grave de maneira rápida e eficiente, criando um sério risco de impunidade, haja vista prescrever a punição depois de passados 20 anos do fato; além do desprezo ao sofrimento da Senhora Maria da Penha. Os peticionários sustentaram, portanto, que o Estado brasileiro não cumpriu com aquilo que é obrigado, inclusive internacionalmente, ao processar e punir o agressor dentro de um prazo nem um pouco razoável,



mostrando, ainda, a incapacidade de oferecer à vítima uma justa reparação das violências sofridas, tampouco reparação civil (CIDH, 2001).

Apesar de todas as alegações e de todos os requerimentos da Comissão, no entanto, o Estado brasileiro não apresentou resposta alguma sobre a petição. Deste modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da análise dos méritos do caso, por meio dos documentos apresentados pelos peticionários e por outros elementos obtidos, concluiu que o Brasil foi responsável por violar:

Os direitos e o cumprimento de seus deveres, segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida praticada contra Maria da Penha (CIDH, 2001, p. 12).

Por fim, a Comissão ainda fez recomendações ao Estado brasileiro, para que esse pudesse reparar o seu dano, sendo algumas delas o dever de completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes; o encargo de prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país; a incumbência de proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável; entre outras recomendações (CIDH, 2001, p. 13). Tudo isto levando em conta que a reparação feita no sistema internacional nunca será somente pecuniária, e sim poderá carregar consigo consequências de cunho educativo. Finalmente, é interessante ressaltar que tal decisão da CIDH foi importantíssima para, futuramente, no dia 7 de agosto de 2006, ser sancionada, pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, a mais notória e importante no combate à violência contra a mulher.

## **CASO LARISSA RODRIGUES**

Em um ponto de vista mais atual, o caso a ser apresentado abaixo marcou a primeira condenação de feminicídio contra uma mulher travesti. Essa decisão representa um avanço nos direitos das mulheres, e afirmando a diversidade de gêneros, ao considerar não somente o sexo biológico.

No dia 4 de maio de 2019, por volta das 22 horas, Larissa Rodrigues e outra travesti estavam discutindo com um homem que estava dentro de um carro, este homem é identificado



como Jonatas Araújo dos Santos e alegava que Larissa o havia furtado no momento que esta havia entrado em seu carro. Larissa negou as acusações de furto de Jonatas. Porém, este estava certo de si que ela havia o roubado, saindo da cena, Jonatas para com seu carro na rua de trás onde havia uma obra e pega um pedaço de madeira e volta para a esquina em que Larissa e a outra travesti estavam trabalhando.

Na época, em 4 de maio de 2019, na esquina da Alameda dos Tacaúnas com a Avenida Indianópolis, por volta das 22h, a transexual Kyara, então com 23 anos, declarou que ouviu uma gritaria na rua e que o motorista de um veículo Voyage prata estava discutindo com Larissa e outra transexual chamada Karla. Ele passou por elas e cinco minutos depois retornou ao local. Ele passou com o carro, estacionou na rua de trás, voltou com o pedaço de madeira e atacou ela pelas costas, contou à **Ponte**, à época do crime. Ela afirmou que o homem também mexeu na bolsa da vítima. Eu reconheço ele. Não tem como esquecer (sic) (MENDONÇA, 2021).

Ao chegar na esquina, este surpreende Larissa com paulada em sua cabeça e logo em seguida corre atrás da outra mulher que consegue fugir, no entanto, Jonatas não satisfeito com a primeira agressão continua batendo na cabeça de Larissa que já se encontrava no chão devido ao primeiro golpe.

Fato importante a se pontuar é que o Serviço Móvel de Urgência (SAMU) demorou mais de uma hora e meia para chegar no local da agressão, podendo esta demora ter sido fator culminante para a morte de Larissa Rodrigues, pelo fato de que quando as amigas de Larissa chamaram o SAMU ela ainda se encontrava com vida. Entretanto, devido a agressão junto com tal demora Larissa acaba falecendo em decorrência de um traumatismo craniano.

Este caso é de extrema importância para a legislação e jurisprudência brasileira, pois nele temos um marco sociocultural nacional, sendo marcado de uma vez por todas que a morte de uma travesti foi considerada como feminicídio, conforme o promotor Romeu Galiano Zanelli Junior:

O crime foi cometido por razões da condição de sexo feminino, pois envolveu menosprezo e discriminação à condição de mulher da vítima. É que, embora do sexo biológico masculino, ela havia adotado identidade de gênero feminina. Consta que ela era conhecida e tratada socialmente como mulher, por seus familiares, amigos e pessoas com quem convivia (JUNIOR, 2021).

## ANÁLISE DO CASO MARIA DA PENHA

O caso Maria da Penha demonstra a ausência de alteridade em relação à mulher, que transcende a população brasileira, expressando suas formas também no Estado e suas instituições, entre elas, o Judiciário. Em outras palavras, o caso evidenciou a falta de reconhecimento da figura feminina enquanto um ser humano, um sujeito de direitos apto a



desfrutá-los e a reivindicá-los, a qual é encarada como um indivíduo inferior e submisso ao homem. Tal afirmação decorre do fato de que, embora a sra. Fernandes tenha colaborado com a investigação e apresentado as diligências nas ocasiões corretas, bem como as devidas provas necessárias para incriminar o acusado, o sistema estatal demonstrou, frente à evidente situação de violência doméstica e de perigo à vida da autora, uma atitude de desprezo pelo ocorrido, haja vista sua inércia em mobilizar os recursos disponíveis para condenar o réu e propiciar os devidos reparos à vítima.

Nesse sentido, foi possível observar uma postura, por parte do Judiciário, de verdadeira tolerância à violência doméstica, tendo em vista o acolhimento da contestação da defesa, apresentada fora do devido prazo, responsável por anular a anterior condenação do júri, fundamentada na condenação do réu, assim como a aceitação do Tribunal da segunda apelação da defesa, após o segundo julgamento do júri, que também havia incriminado o acusado, culminando, dessa forma, numa demora de mais de 15 anos para efetuar a justiça em face da vítima. Não à toa, o atraso desproporcional e injustificado da justiça brasileira foi um dos motivos que levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a acatar o caso, representando, assim, a incapacidade do Estado em resguardar os direitos humanos violados da vítima.

Além disso, no caso Maria da Penha, pode-se notar que, assim como em outras situações, a efetivação da violência contra a mulher decorre da imposição genérica e de amplo alcance da ideologia de gênero, a qual determina a atribuição dos elementos de poder e dominação à figura do homem, enquanto a figura da mulher é atrelada à obediência e submissão (ARAÚJO, 2008, p. 2). Nesse âmbito, tal ideologia é globalmente assimilada e implica o reconhecimento errôneo de a mulher não constituir um ser autônomo e capaz, mas, pelo contrário, ser um indivíduo dependente e destituído de pensamentos próprios.

Frente a esse cenário mundial de violação aos direitos da mulher, a Organização Mundial da Saúde declarou, em 1990, que a violência contra a mulher configura um problema de saúde pública e, mais recentemente, em 2021, a Organização Pan-Americana de Saúde divulgou os resultados de um estudo, o qual revelou que, ao longo da vida, uma em cada três mulheres (cerca de 736 milhões) é submetida à violência física ou sexual por parte de seu parceiro ou violência sexual por parte de um não parceiro. Ademais, revelou-se também nesta pesquisa que a violência praticada pelo parceiro é de longe a forma de violência mais prevalente contra as mulheres em todo o mundo (afetando cerca de 641 milhões) e que começa cedo: uma



em cada quatro mulheres jovens (de 15 a 24 anos) que estiveram em um relacionamento já terá sofrido violência de seus parceiros por volta dos vinte e poucos anos (OPAS, 2021).

Dessa forma, diante dos números alarmantes apresentados, cabe indagar o porquê de milhões de mulheres serem submetidas a um tratamento degradante e, mesmo assim, optarem por permanecer na situação violadora, junto de seus parceiros agressores, conforme ocorreu com a sra. Fernandes, a qual sofreu duas tentativas de homicídio antes de decidir separar-se do marido. De acordo com a especialista Maria de Fátima Araújo, em seu estudo “Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação” (2008, p. 4):

Além da ideologia de gênero outros motivos também são frequentes, tais como: a dependência emocional e econômica, a valorização da família e idealização do amor e do casamento, a preocupação com os filhos, o medo da perda e do desamparo diante da necessidade de enfrentar a vida sozinha, principalmente quando a mulher não conta com nenhum apoio social e familiar.

Por fim, cabe ressaltar que, embora a violência contra a mulher seja um fenômeno global, baseado essencialmente na relação desigual entre homem e mulher, é preciso considerar as peculiaridades de cada contexto, bem como dos envolvidos. Segundo dados levantados pelo projeto “Justiceiras” (2021), responsável por fornecer orientação online gratuita a mulheres vítimas de violência em todas as regiões do país, tendo realizado 5391 atendimentos entre março de 2020 e abril de 2021, 42% das atendidas estão desempregadas e 33% declaram não possuir nenhuma renda no momento; ademais, 44% se autodeclararam negras.

Além disso, ao assistir o documentário “Falas Femininas”, produzido em 2021 sob direção de Patrícia Carvalho e disponível no Globoplay, é possível analisar a história árdua e de superação de cinco mulheres pobres e periféricas, as quais sofreram determinada forma de violência de gênero, possuindo diferenças e similaridades entre os casos, e que demonstram a diversidade social, étnica e religiosa presente no Brasil. Com isso, pode-se depreender que fatores como classe e raça/etnia também influem sobre a violência de gênero, devendo ser considerados na formulação de políticas públicas de combate a tais agressões, levando em conta as desigualdades presentes entre as pessoas.

## **ANÁLISE DO CASO LARISSA RODRIGUES**

A violência incrustada na sociedade brasileira passou a atingir de maneira mais intensa a comunidade LGBTQIA+. Os casos passaram a ser noticiados de maneira mais extensiva, trazendo este problema para o público e dando uma dimensão mais real a ele. A partir desta divulgação maior dos casos, é possível perceber que os principais alvos dos ataques transfóbicos

são mulheres transexuais e travestis, assassinadas de forma brutal, fato que não se restringe apenas a essa parcela da comunidade LGBTQIA+ e sim a envolve inteira, sendo um golpe duríssimo contra todas as pessoas da nossa sociedade e não apenas pelas que se encontram dentro dessa comunidade.

É fato que o Brasil é o país que mais mata mulheres transexuais e travestis do mundo, seguido pelo México e pelos Estados Unidos, contudo a posição de primeiro lugar se encontra com o Brasil já há mais de 12 anos seguidos, podendo ser considerado uma verdadeira chacina contra as pessoas que se encontram contempladas dentro desta comunidade. Em termos numéricos, de janeiro a setembro de 2020, o Brasil registrou 350 assassinatos de pessoas transexuais conforme os dados apresentados pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, um aumento de 6% em relação ao ano anterior, chamando assim a atenção do mundo inteiro para o Brasil e as atrocidades que acontecem no país (JUSTO, 2020).

Conforme boletim do ANTRA (Associação de Travestis e Transexuais), o Brasil passa pelo quarto aumento consecutivo, isso no ano de 2020, do número de assassinatos de pessoas transexuais, que segundo esta associação decorre da falta de ação do estado que segue ignorando esse aumento nos índices de homicídio e que ainda não efetivou forma alguma de medida protecional que contemple a população LGBTQIA+.

Os relatórios da ANTRA para o ano de 2021 não mostram nenhuma melhora ou avanço quanto a violência praticada contra as mulheres transexuais e travestis. Somente nos quatro primeiros meses do ano, foram registrados 56 assassinatos – dos quais poucos são considerados (trans)feminicídio.

Agora, segundo Maria Clara Araújo, pedagoga e assessora política da deputada Érica Malunguinho e articuladora de questões LGBTQIA+, evidencia a importância da utilização do termo “transfeminicídio”, a fim de descontinuar a cultura do ódio que foi e que é pregada a mulheres transexuais e travestis, além da importância em reconhecer a transfobia enquanto uma problemática. Maria Clara (apud CRUZ e VASCONCELOS, 2020) também reforça a relevância dos dados corretos, considerando a identidade de gênero, para que a situação possa ser abordada de forma qualitativa e coerente com a realidade. Em concordância com Maria Clara Araújo, o pesquisador Denis Pacheco, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (apud CRUZ e VASCONCELOS, 2020 [s. p.]):

Usar o termo transfeminicídio é crucial, porque reconhece que são mulheres e estão expostas ao feminicídio (...) O transfeminicídio é um feminicídio, mas não é um feminicídio pela mesma razão, não é o mesmo tipo de ódio que seria um feminicídio contra uma mulher cis. Cunhar essa categoria é essencial para entendermos melhor o



fenômeno, para descrevê-lo e para atender melhor essas vítimas. Se a gente entende que a questão do feminicídio está atrelado a cultura da misoginia, não é a mesma coisa atrelar o transfeminicídio apenas a cultura da misoginia, existe ali uma transmisoginia.

O transfeminicídio está intrinsecamente ligado às expectativas de papel de gênero, produz uma quebra das expectativas de gênero, desafiando-as e, portanto, criando conflitos com a estrutura social atual presente. Deste modo, é impossível desconectar as mazelas sociais vivenciadas pelas mulheres cisgêneros das vivenciadas pelas mulheres transexuais e travestis. O ódio e a repulsa a essa classe social tem a mesma origem, afetando de maneiras diferentes, porém com a mesma intensidade e gravidade e gerando resultados similares. Desta forma, é possível afirmar que a misoginia se encontra na base do problema (SERANO, 2007).

Julia Serano, em seu livro *Whipping Girl* (2007), cunha o termo “transmisoginia”, explicando como a misoginia se aplica de forma mais contundente ao trans feminino, ou seja, a expressões da feminilidade. Serano apresenta dois conceitos para que seja possível entender a origem e a expressão da transmisoginia. Introduce duas forças presentes dentro do sexismo, sendo elas o “sexismo tradicional” e o “sexismo de oposição”. O sexismo tradicional consiste na ideia de inferioridade e ilegitimidade da feminilidade e do feminino em comparação a masculinidade e ao masculino, mantendo a hierarquização entre os gêneros. Enquanto o sexismo de oposição se exterioriza como forma de crer que o feminino e o masculino são categorias fixas e mutuamente excludentes, ou seja, limitar um conjunto de habilidades a cada uma das expressões de gênero. O segundo dá origem transfobia.

A transmisoginia acontece a partir da junção das duas forças do sexismo. Ademais a transfobia sofrida, a exteriorização de elementos relacionados a feminilidade e a transgressão de gênero acaba ocasionando uma reação do sexismo tradicional, uma vez que estes elementos são vistos como ilegítimos e inferiores. Além disso, conforme Julia Serano,

(...), as expressões de transmisoginia não se concentram apenas nas identidades de gênero femininas das mulheres trans, mas, na maioria das vezes, visam especificamente sua expressão de gênero feminino. A transmisoginia é motivada pelo fato de que, em nossa cultura, as aparências femininas são mais descarada e rotineiramente julgadas pela sociedade do que as masculinas. Também é impulsionado pelo fato de que conotações como "artificial", "inventado" e "frívolo" são praticamente construídas em nossa compreensão cultural da feminilidade - essas mesmas conotações permitem que a masculinidade invariavelmente saia como "natural", "sincera" e “prático” em comparação (SERANO, 2021, [s. p.]

A partir do exposto, é necessário que haja um entendimento por completo das relações estabelecidas ao analisar casos como o de Larissa Rodrigues. Seu assassinato não teve como força motivadora somente a transfobia ou somente a misoginia, mas sim uma combinação desses dois elementos sociais, criando um sistema favorável para esses tipos de abusos. Ademais aos abusos institucionais, que por vezes desconsideram o gênero da pessoa e a



ausência de dados suficientes para que possam ser criadas políticas públicas eficientes no combate a transmisoginia e, conseqüentemente, ao transfeminicídio.

Vale ressaltar, que desde junho de 2019 o STF, julgou procedente o enquadrando a LGBTfobia praticada contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais nos crimes de racismo, tipificados na Lei nº 7.716/89. Sendo ressaltado, de forma sucinta, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social e que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTQIA+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

## JUSTIÇA E MANUTENÇÃO

É possível afirmar que a justiça, como um todo, perpetua as violências de gênero, as tirando do meio pessoal e as transferindo para o meio institucional. O machismo pode ser experienciado desde o momento de elaboração e proposição das leis, como o Projeto de Lei 5.069 de 2015, escrito pelo então deputado Eduardo Cunha (MDB-RJ), até o momento das decisões judiciais, tanto criminais quanto civis. Tal PL supramencionado tinha como objetivo dificultar o atendimento médico às vítimas de estupro, podendo proibir a administração da pílula do dia seguinte, forçando-as, deste modo, a dar continuidade a uma gravidez indesejada e deixando-as vulneráveis ao desenvolvimento de Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs) (ROSSI, Marina, 2015, [s. p.]). Focando nas decisões judiciárias, é possível desenvolver uma análise sobre a função da Justiça na perpetuação e manutenção da violência de gênero.

As situações em que esse comportamento é mais explícito ocorrem com maior frequência nas varas criminais, assim, serão analisadas duas decisões de um mesmo juiz acerca de dois tipos criminais: o furto famélico e o estupro de incapazes. As decisões retratadas a seguir foram proferidas pelo Juiz Airton Vieira, da 28ª Vara Criminal do município de São Paulo, as quais carregam consigo posicionamentos completamente discordantes entre si.

Em uma de suas decisões sobre o crime de bagatela, Vieira afirmou que a punição deveria ser rígida, beirando a irrazoabilidade e buscando a vingança do crime cometido. O Juiz considera, portanto, o furto de produtos de higiene e alimentícios, como uma necessidade secundária, e, conseqüentemente, impossíveis de serem perdoados. Se utiliza do argumento de

que, ao perdoar o roubo de produtos de baixo valor e essenciais à vida, pode criar o precedente de que todos possuem o direito de roubar esses respectivos produtos de supermercados, causando um dano financeiro cumulativo, que poderia chegar “a milhões”. Visto isso, tem-se:

Hoje é uma gilete, amanhã é um quilo de carne... você vai somando nos vários supermercados, nas várias lojas, isso ganha milhões. Por outro lado, se você não punir quem faz desse tipo de ação o seu dia a dia, ou ainda que seja uma vez isolada, você há de convir comigo o seguinte: todos nós estaremos legitimados a entrar em qualquer supermercado e subtrair algo na faixa de 5, 10, 20 reais. (...) Vejam o prejuízo que isso causa (BRASILEIRO e CAPRIGLIONE, 2014, [s. p.]

Em contrapartida, em uma decisão acerca do crime de estupro de incapazes, Airton Vieira criou escusas ridículas para que fosse possível a absolvição do réu, um fazendeiro de 74 anos acusado de comprar serviços sexuais de duas adolescentes de 13 e 14 anos, que foi condenado a 8 anos de reclusão, dos quais cumpriu, porém, apenas 40 dias, sendo absolvido logo em seguida.

As duas adolescentes viviam em situação de vulnerabilidade social, por serem usuárias de drogas e, assim, terem dependência química e psicológica. Airton utilizou essas características como forma de justificar sua decisão, culpabilizando as duas meninas e afirmando existirem menores de 14 anos que aparentam ser mais velhas. Ademais, o Juiz também apresentou a idade da mais nova contando os anos, meses e dias, como forma de corroborar seu absurdo ao afirmar que não se tratava de estupro de incapaz. Além destes argumentos, retornou ao fato da condição vulnerável em que as crianças se encontravam, as colocando como “experientes” e, portanto, foras do âmbito do abuso sexual.

Desta maneira, é possível notar que o Juiz Airton Vieira é o retrato do sistema judiciário brasileiro ultra penalista, o qual condena, de maneira profunda, mulheres pobres em situação de vulnerabilidade social e culpabiliza vítimas de violência sexual, enquanto é leniente e compreensivo com homens ricos. Nestas decisões, fica evidente a misoginia e o sentimento de ódio contra mulheres, assim como a sua incoerência argumentativa, pois, de um lado, cria elaboradas narrativas para desculpabilizar um homem de mais de 70 anos; e, de outro, utiliza-se da lógica punitivista, baseada nas relações de poder sobre o gênero e o elitismo, a fim de punir mulheres e meninas em situação de vulnerabilidade social.

Outra perspectiva em que é possível visualizar o machismo estrutural é a falta de atenção e de amparo às mulheres que são vítimas de violência de gênero. Grande parte da população possui a ideia de que à vítima de violência a possibilidade de denúncia e a tipificação daquilo como crime são suficientes. No entanto, o que se enxerga na realidade é a dificuldade de muitas mulheres em denunciar por não terem um amparo do sistema após o momento dessa denúncia,



o que, conseqüentemente, as fazem desistir da mesma, por medo do que pode acontecer com elas ou com seus filhos dali para frente. É importante entender que o simples fato de a violência contra mulher estar tipificada como crime não resolve o problema e nem faz menos mulheres serem agredidas, seja física, psíquica, sexual, patrimonial ou moralmente.

É preciso que políticas públicas sejam implementadas para garantir o amparo necessário a essas vítimas, encorajando-as, desta forma, a denunciarem. Isso porque, se a elas não forem dadas chances de emprego, proteção necessária, entre outras medidas importantes, de nada adiantará a simples punição de seu agressor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o presente trabalho, é possível concluir que é de suma importância a consideração dos casos Maria da Penha Vs. Brasil e Larissa Rodrigues, uma vez que os mesmos demonstram a falta de reconhecimento, por parte da sociedade e do Estado, dos direitos dessas minorias, ou seja, das mulheres e dos pertencentes à comunidade LGBTQIA+. Desta forma, percebe-se uma constante violação dos direitos humanos desses grupos, decorrente de uma mentalidade discriminatória, que predomina nas raízes da sociedade brasileira. Tal maneira de pensar repudia condutas divergentes daquelas preexistentes no seio moral da sociedade. Isto é, criam-se papéis de gênero a serem exercidos pelos respectivos indivíduos, que, quando não os são, causam uma perturbação ao status quo, implicando a existência do preconceito.

Assim, quando tais grupos identificam a necessidade de recorrer à Justiça para resolver as suas problemáticas e reivindicar os seus direitos, deparam-se com uma discriminação crônica, presente inclusive nos espaços institucionais de decisão, como o Poder Judiciário, o que acaba por dificultar a realização da justiça em prol das mulheres e dos membros do grupo LGBTQIA+.

Por fim, com o intuito de reverter o cenário de violência de gênero é preciso que, além da existência de legislações que visam a proteção da mulher, haja mecanismos capazes de fornecer um amparo concreto às mulheres vítimas de violência, aptos a retirá-las do contexto abusivo, por intermédio do oferecimento de vagas de trabalho, por exemplo. Tal medida proporciona a possibilidade de independência financeira, cuja falta representa uma das principais causas do mantimento de um relacionamento abusivo. Ademais, no que tange à discriminação envolvendo o grupo LGBTQIA+, é importante o estabelecimento do termo “transfeminicídio” na legislação penal brasileira, o qual abarca o reconhecimento das

especificidades do grupo, oferecendo, dessa forma, um tratamento mais adequado a essa parcela da sociedade, admitindo que a mesma pode sofrer tanto de misoginia como de transfobia.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. *Psicol. Am. Lat.*, México, n. 14, out. 2008. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2008000300012](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012). Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.069, de 2013. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que constitui o Código Penal Brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node013wudy6ti0sggbe6962ndpsy853602.node0?codteor=1061163&filename=PL+5069/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013wudy6ti0sggbe6962ndpsy853602.node0?codteor=1061163&filename=PL+5069/2013). Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASILEIRO, Joana; CAPRIGLIONE, Laura. **O JUDICIÁRIO TEM DUAS CARAS**. Ponte Jornalismo, [S. l.], [S. p.], 29 jul. 2014. Disponível em: <https://www.sociologialemos.pro.br/wp-content/uploads/2020/09/O-JUDICIARIO-TEM-DUAS-CARAS.docx>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CARDOSO, Fernando Luiz. O conceito de orientação sexual na encruzilhada entre sexo, gênero e motricidade. *Interam. j. psychol.*, Porto Alegre, v. 42, n. 1, p. 69-79, abr. 2008. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-96902008000100008&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-96902008000100008&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 21 jul. 2021.

CRUZ, Maria Tereza; VASCONCELOS, Caê. **Misoginia, transfobia e falta de dados: a equação do transfeminicídio**. Ponte Jornalismo, [S. l.], p. 00, 8 out. 2020. Disponível em: <https://ponte.org/misoginia-transfobia-e-falta-de-dados-a-equacao-do-transfeminicidio/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FALAS Femininas. Direção de Patrícia Carvalho. [S.l.]: Rede Globo, 2021. Color. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/9331837/>. Acesso em: 05 jul. 2021.

LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, B.H. **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

MENDONÇA, Jeniffer. Em decisão rara, Justiça condena assassino de mulher trans por feminicídio. Ponte Jornalismo, [S. l.], p. 00, 14 jun. 2021. Disponível em: <https://ponte.org/em-decisao-excepcional-justica-condena-homem-a-16-anos-de-prisaopor-feminicidio-por-matar-mulher-trans/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência**. OPAS, 09 mar. de 2021. Disponível em:



<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>. Acesso em: 05 jul. 2021.

PROJETO JUSTICEIRAS. **Relatório Projeto Justiceiras 14 meses**. Justiceiras, 28 mai. 2021. Disponível em: <https://www.justicadesaia.com.br/relatorio-justiceiras-14-meses-31-03-2020-27-05-2021/>. Acesso em: 05 jul. 2021.

ROSSI, Marina. **Mulheres vão às ruas: “Pílula fica, Cunha sai”**. El País, São Paulo, p. 00, 31 out. 2015. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/30/politica/1446222175\\_318913.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/30/politica/1446222175_318913.html). Acesso em: 9 jun. 2021.

SAFFIOTI, H.I.B. Rearticulando gênero e classe social. In: COSTA, A.O. ; BRUSCHINI, C. (Orgs.) **Uma Questão de gênero**. São Paulo; Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

SELL, Randall L. Defining and measuring sexual orientation: A review. **Archives of sexual behavior**, v. 26, n. 6, p. 643-658, 1997.

SERANO, Julia M. Intrinsic Inclinations: Explaining Gender and Sexual Diversity. In: SERANO, Julia M. **Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity**. 1. ed. [S. l.]: Seal Press, 2007. cap. 6, p. 95-113. ISBN 1580056229.

SERANO, Julia M. **What is Transmisogyny**. Medium, [S. l.], 24 maio 2021. Disponível em: <https://juliaserano.medium.com/what-is-transmisogyny-4de92002caf6>. Acesso em: 12 jul. 2021.



# CAPÍTULO 8

## PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA AS DISCRIMINAÇÕES SALARIAIS COM AS MULHERES NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

**Débora da Silva**, Acadêmica de Direito, UNIOESTE  
**Diana Daniele Oliveira de Souza**, Acadêmica de Direito, UNIOESTE  
**Fabio Alberto de Lorensi**, Doutor em Direito, UFPR. Professor, UNIOESTE  
**Gabrieli Vitoria Schilling Fiametti**, Acadêmica de Direito, UNIOESTE  
**Sara Isabel Schmoller**, Acadêmica de Direito, UNIOESTE  
**Suzana Dafre**, Acadêmica de Direito, UNIOESTE

### RESUMO

O desenvolvimento dos direitos de igualdade das mulheres se deu de forma consideravelmente lenta. Foi somente em 1760, após a Revolução Industrial, que ocorreu a primeira inserção da mulher no mercado de trabalho de forma definitiva. Essa conquista foi fruto de intensas lutas travadas com o objetivo de conquistar a isonomia entre homens e mulheres em todos os aspectos da vida em sociedade. Todavia, no ramo justrabalhista o público feminino continua sendo alvo de discriminações, dentre as quais, se destaca a discriminação salarial existente entre homens e mulheres. Dessa maneira, o presente trabalho, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, objetiva apontar a inaplicabilidade integral do princípio do salário igual para trabalho igual, tendo em vista que muitas mulheres recebem sua remuneração de forma desigual comparada com indivíduos do sexo oposto. Os resultados obtidos através de um estudo especial realizado pelo IBGE com base no PNAD revelam que apesar de haver uma leve queda na desigualdade salarial entre os anos de 2012 e 2018, as mulheres ganham, em média, 20,5% menos que os homens.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discriminação Salarial com as Mulheres. Princípio da igualdade. Princípio do salário igual para Trabalho Igual.

### INTRODUÇÃO

É fato que a discriminação contra a mulher ainda subsiste em todos os âmbitos sociais, inclusive e principalmente na área trabalhista o preconceito em razão do sexo deixa as mulheres à mercê de cargos importantes e salários justos. Em virtude dessas situações, a legislação trabalhista tanto nacional, quanto internacional, criou normas que protegem as mulheres de possíveis arbitrariedades de seus empregadores. Este artigo visa a abordagem das garantias fornecidas aos empregados para que se concretize o princípio da igualdade salarial posto pela Constituição, tal qual das características existentes no processo de equiparação salarial. Também se analisa as formas específicas de defesa do trabalho da mulher e sua remuneração, a distinção entre não discriminação e isonomia, e, por fim, os meandros que envolvem a construção histórica de discriminação contra mulher, nas esferas social, cultural, econômica e salarial.

## 1. O PRINCÍPIO DO SALÁRIO IGUAL PARA TRABALHO IGUAL

Como bem promove a Constituição Federal (CF) em seus arts. 3º e 5º, veda-se a desigualdade, seja em função da origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, reforçando, ainda, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A Carta Magna brasileira deixa expresso, em seu art. 7º:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;  
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também expõe:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

A isonomia social, assim como a salarial é garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro e reiterada por seus dispositivos, como bem exposto acima. Dessa forma, o princípio do salário igual para trabalho igual decorre dessa proteção de igualdade. Martinez explica:

No âmbito salarial, a isonomia parte de uma evidência muito simples: *o exercício das mesmas funções pressupõe a atribuição de uma mesma dimensão salarial*, salvo se, consoante bem doutrinou Celso Antônio Bandeira de Mello, houver "justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada (MARTINEZ, 2020, p.987).

### 1.1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A equiparação salarial é um dos procedimentos previstos na legislação trabalhista como forma de garantia da isonomia salarial. Apresenta como escopo a reparação de desigualdade salarial, visando conferir igual retribuição, afastando toda e qualquer distinção seja de sexo, etnia, nacionalidade ou idade, a quem preste trabalho de igual valor, em idêntica função, ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento ou localidade (MARTINEZ, 2020, p. 991).

A equiparação salarial é caracterizada por um procedimento comparativo, onde o interessado, chamado de equiparando, toma como referência um colega de trabalho, denominado paradigma, os quais realizam idênticas funções dentro de determinada empresa, tanto do ponto de vista das atribuições, quanto do ponto de vista dos aspectos quantitativo e

qualitativo. Ademais, a Consolidação das Leis do Trabalho coloca, em seu art. 461:

§ 3º - No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial

§ 5º - A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido vantagem em ação judicial própria.

§ 6º - No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Nesse sentido, corroborando para o eixo dos requisitos, tem-se a seguinte jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS. O Regional, amparado nas provas produzidas nos autos, concluiu que estão preenchidos os requisitos previstos no **art. 461 da CLT, já que o reclamante e o paradigma, conquanto percebessem remunerações diferentes, laboravam para o mesmo empregador, na mesma localidade (Súmula nº 6, X, do TST), com identidade de funções, apuradas de acordo com as fichas de registro dos empregados.** Assim, presentes os requisitos legais para o deferimento da equiparação salarial, tem-se que a decisão recorrida não ofende, ao revés, corrobora o disposto no art. 461 da CLT. Ademais, a questão relativa à distribuição do ônus probatório observou o disposto na Súmula nº 6, VIII, desta Corte Superior, segundo a qual: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. Assim, ileza a literalidade dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC. Agravo de instrumento conhecido e não provido (TST – AIRR: 10008171920175020051, Relator: Dora Maria da Costa, Data de julgamento: 26/6/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2019. Grifo nosso)

### 2.1.1 REQUISITOS EXIGÍVEIS PARA A APLICAÇÃO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Os requisitos são cumulativos, ou seja, caso haja lacunas no preenchimento dos mesmos, não há no que se falar em equiparação salarial. De acordo com Luciano Martinez (2020, p. 992 - 1004), são eles:

1. Identidade de funções: paragonado (ou equiparando, aquele que pretende a equiparação salarial) e paradigma (ou modelo, aquele que serve de parâmetro para a aferição da desigualdade salarial) devem exercer exatamente as mesmas tarefas ou conjunto de funções. O Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se sobre o assunto ao constituir a Súmula n. 6, III: “A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação”. Tem-se nesse requisito, o seguinte entendimento:



AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES. CONDIÇÕES DE TRABALHO. PERFEIÇÃO TÉCNICA COMPROVADAS. No caso, segundo o Regional, o conjunto probatório evidencia o **exercício das mesmas funções entre o reclamante e o paradigma apontado, assim como a igualdade das condições de trabalho, metas e perfeição técnica**. Ressalta-se que, para afastar essas premissas consignadas no acórdão regional, seria necessário rever a valoração do conjunto probatório, providência não permitida nesta instância recursal de natureza extraordinário, ante o óbice previsto na Súmula nº 126 do TST. Desse modo, provadas a identidade de funções e a ausência de distinção técnica entre o reclamante e o paradigma, a equiparação salarial deferida está em consonância com o artigo 461 da CLT. Agravo de instrumento desprovido (TST – AIRR: 111411520155030185, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/09/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/10/2018. Grifo nosso).

2. Simultaneidade da prestação de serviços: equiparando e modelo devem ser contemporâneos para haver equiparação salarial, isto é, devem possuir um convívio dentro do estabelecimento. Impede-se o ajuizamento de ação de equiparação salarial quando trata-se de modelo remoto – não se pode defrontar empregados que não tenham trabalhado de forma simultânea. Como bem expõem o seguinte julgado:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUSÊNCIA DE SIMULTANEIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. É **indispensável a coexistência simultânea de identidade de funções, de empregador e de local de prestação de serviços juntamente com a simultaneidade no exercício da função para o reconhecimento da equiparação salarial entre paradigma e paragonado. Inexistindo a simultaneidade, entendida como labor em lapso temporal não superior a dois anos na mesma função não há possibilidade de se reconhecer tal paridade salarial**. Recurso conhecido e não provido (TRT-11- RO: 00015231220165110016, Relator: MARCIA NUNES DA SILVA BESSA, Data de Julgamento: 09/04/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: 13/04/2018. Grifo nosso).

3. Limitação a empregado da mesma empresa até a vigência da Lei n. 13.467/2017 e limitação a empregado do mesmo estabelecimento a partir da vigência do referido diploma legal: Antes da referida lei entrar em vigor, a jurisprudência admitia a equiparação para empregados limitados à mesma empresa, assim era permitido a comparação entre salários de empregados pertencentes às empresas de um determinado grupo econômico. Agora, a aplicação do princípio do salário igual para trabalho igual só se dá para empregados que desempenhem funções idênticas, frente ao mesmo empregador e no mesmo estabelecimento empresarial. Martinez explica:

Entenda-se “estabelecimento empresarial” como uma fração do complexo de bens organizados para exercício da empresa, sendo muito comum que os grandes empreendimentos dividam a empresa em múltiplos estabelecimentos. **Dessa forma, uma grande rede de mercados, que tem muitos estabelecimentos, somente permitirá a equiparação entre os empregados lotados em cada uma das várias unidades fracionárias** (MARTINEZ, 2020, p. 997).

4. Relações de emprego na mesma localidade até a vigência da Lei n. 13.467/2017: a Reforma Trabalhista alterou o conceito de “mesma localidade” (estabelecimentos inseridos na mesma região metropolitana), para mesmo estabelecimento empresarial.

5. Exigência de igual produtividade: o trabalho entre o equiparando e o paradigma devem ser produzidos com igual excelência técnica (qualidade) e produtividade(quantidade); trata-se de um requisito obstativo, cabendo o ônus da prova ao empregador, o qual necessita demonstrar que o paradigma possui maior rendimento que o equiparando.

6. Trabalho com a mesma perfeição técnica: “perfeição técnica é um requisito qualitativo capaz de demonstrar que, num processo de comparação, um dos empregados é mais perfeito tecnicamente ou mais experiente no desempenho de suas atividades”. (p. 999)

7. Diferença máxima de dois anos no exercício da função equiparanda até a vigência da Lei n. 13.467/2017: previamente à Reforma, a existência de **mais de dois anos, no exercício da função**, favoreceria o paradigma e excluiria do equiparando a possibilidade de equiparação salarial. Com a mudança, lê-se o art. 461:

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Portanto, sendo o paradigma empregado com tempo de serviço superior a quatro anos, a equiparação é automaticamente extinta. E nos casos em que há tempo de serviço inferior a quatro anos, o equiparando ainda tem o ônus de demonstrar que o modelo apresenta menos de dois anos a mais no exercício da função equiparanda.

8. Inexistência de quadro de carreira: também conhecido como Plano de Classificação de Cargos e Salários (PCCS) é preciso que não haja plano de carreira; a utilização de plano de carreira no regimento interno supera a necessidade de equiparação salarial, pois opta-se pela primazia da autonomia das partes na busca pela ascensão dentro de um estabelecimento empresarial.

9. Não ser o paradigma trabalhador readaptado em nova função: afastado por deficiência física ou mental, o empregado readaptado não pode ser utilizado como paradigma em uma ação de equiparação salarial, visto que sua limitação é puramente funcional, sendo inadmissível possível comparação.

10. Não ser o equiparando ou o paradigma servidor público, ainda que celetista: expresso na Constituição, em seu art. 37, XIII, “é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”, sejam celetistas ou estatutários.

Além disto, é importante levar em consideração que o objeto da equiparação é apenas o salário base e a gratificação recebida no exercício da função equiparanda, não sendo possíveis

vantagens de caráter pessoal como, por exemplo, tempo de serviço. Para melhor entendimento segue a tabela abaixo:

**IMAGEM 01 – EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

REQUISITOS PARA EQUIPARAÇÃO SALARIAL	ANTES DA LEI N° 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA)	APÓS A LEI N° 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA)
<b>FUNÇÃO</b>	Identidade da função exercida, independentemente do nome da função exercida	Identidade da função exercida, independentemente do nome da função exercida
<b>DIFERENÇA DE TEMPO (NA FUNÇÃO)</b>	Diferença de tempo não superior a 02 (dois) anos	Diferença de tempo não superior a 02 (dois) anos
<b>DIFERENÇA DE TEMPO (NA EMPRESA)</b>	Não possui previsão	Diferença de tempo não superior a 04 (quatro) anos
<b>LOCALIDADE</b>	Na mesma região metropolitana (Súmula n.º 06 do TST)	No mesmo estabelecimento empresarial (Art. 461, <i>caput</i> )
<b>PRODUTIVIDADE E PERFEIÇÃO TÉCNICA</b>	Mesma perfeição e produtividade (Súmula n.º 06 do TST)	Mesma perfeição e produtividade (Súmula n.º 06 do TST)
<b>QUADRO DE CARREIRA</b>	Quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho	Quadro de carreira estabelecido por Regulamento Interno da empresa ou Negociação Coletiva com o Sindicato
<b>EMPREGADOR</b>	Possível de equiparar com empregado do mesmo grupo econômico	Possível de equiparar com empregado do mesmo grupo econômico
<b>CONTEMPORANEIDADE</b>	Possível a indicação de paradigma remoto, ainda que tenha obtido vantagem em ação judicial	Paradigma obrigatoriamente deve ser contemporâneo, vedada indicação de paradigma remoto

Fonte: Santos (2019).

### 3. DISTINÇÃO ENTRE NÃO DISCRIMINAÇÃO E ISONOMIA

“Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada” (DELGADO, 2019, p.954).

Várias são as motivações que podem levar à discriminação, dentre elas encontra-se o preconceito (julgamento injustamente desqualificador de uma pessoa em virtude de cor, etnia, nacionalidade, estado civil, riqueza, sexo ou gênero, orientação sexual, deficiência, origem, etc.), considerado a motivação mais predominante nas situações de discriminação no âmbito trabalhista.

Há três formas de manifestação da discriminação. A primeira é a forma direta, isto é, a discriminação explícita, caracterizada por ser inteiramente perceptível no conteúdo dos atos discriminatórios. A forma subsequente é a indireta, derivada da teoria norte-americana do



Impacto Desproporcional (disparate impact doctrine); encontra-se ativa nas medidas administrativas, legislativas ou empresariais que acentuam ou matém um quadro de discriminação e injustiça preexistente na sociedade. Por último, temos a discriminação em sua forma oculta, ou seja, encomberta por instrumentos aparentemente imparciais, que escondem a real intenção discriminatória do agente (NETO, 2006, p.01).

Em 1988, o início da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil e seus ideais predominantemente democráticos, impactaram fortemente o Direito do Trabalho, que por sua vez absorveu e implantou em sua esfera prática e teórica os ideais do Estado Democrático de Direito.

Inicia-se, portanto, pelo Direito do Trabalho, o combate antidiscriminatório. “O princípio da não discriminação seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante” (DELGADO, 2019, p. 956). Em outros termos, o supracitado princípio rejeita a aplicação de quaisquer condutas discriminatórias na esfera justrabalhista.

O princípio da não discriminação está correlacionado ao princípio da igualdade presente no art. 5º da CF. Todavia, a esse não se confunde, pois, como afirma o jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez (1993), o princípio da não discriminação é “a versão mais modesta ou simples” do princípio da igualdade; “ultrapassa a ideia de igualdade perante a lei, pois traz a ideia de usufruto dos direitos fundamentais por todos os indivíduos” (ROMITA, 2005, p. 294).

“Pode-se pensar, então, na ideia de discriminação enquanto evolução do princípio da igualdade, ao passo que sua efetivação passa a depender, em determinados casos, da adoção de medidas discriminatórias destinadas a igualar situações desiguais” (WANDELLI, 2004, p.384).

Na aplicabilidade do princípio de não discriminação há, porém, uma segunda incerteza relacionada à semelhança desse com o princípio de isonomia. Sem embargo, enfatiza-se que ambos não são conceitos idênticos. Enquanto, por um lado, o primeiro é “princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. [...] labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas” (DELGADO, 2019, p. 957). Por outro, o segundo é mais amplo, veja-se:

A ideia de isonomia ultrapassa, sem dúvida, a mera *não discriminação*, buscando igualar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é



claro), sem comparecer, no caso, fundamentalmente para assegurar um *piso mínimo decivilidade* para as relações entre as pessoas (DELGADO, 2019, p. 957).

Exemplificando, no ramo do Direito do Trabalho, se observa a aplicação do Princípio Discriminatório na proibição que recai ao empregador de tratar de maneira desigual a empregada pelo pretexto de ser mulher. Enquanto o princípio isonômico é perceptível na prescrição de tratamento justralhista igual entre empregados e trabalhadores meramente avulsos.

Em geral, aplica-se no Direito do Trabalho o Princípio Antidiscriminatório. “Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória” (ROMITA, 2000, p.442).

Segundo a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - consolidada no Brasil pelo Decreto 10.088 -, não são considerados como discriminatórios os seguintes atos: distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego (art. 1º, item 2); quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional (art. 4º); e as medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho (art. 5º).

“Em síntese, pode-se dizer que, depois de vários anos de reflexão, há uma inclinação por admitir o princípio de não discriminação, mas não o de igualdade” (RODRIGUEZ, 1993, p. 445).

#### **4. A DISCRIMINAÇÃO SALARIAL DA MULHER**

Desde os inícios dos tempos, as mulheres vêm lutando para maior reconhecimento, em relação ao seu trabalho, seus direitos. Consequentemente, muitas conquistas foram atingidas, mas ainda não o suficiente para haver uma real igualdade entre homens e mulheres. Em relação às atividades laborais, a mulher luta pela igualdade de gênero, por direitos básicos e por sua inserção no mercado de trabalho.

Em especial, o contemporâneo debate da desigualdade no trabalho mantém-se elevado

em questão de diferenciação salarial, apesar das investidas político-jurídicas de enfrentamento. Esse cenário de disparidade apresenta-se como reflexo de uma cultura sexista, machista e segregante da mulher – e que reproduz diversas outras desigualdades, “vista(s) como uma condição natural necessária, não como um produto da cultura e da sociedade, que pode ser modificado” (GOSDAL, 2006, p. 306). Nos dias atuais, além da mulher enfrentar a desigualdade econômica, ela ainda enfrenta fortes disparidades em âmbito social, cultural, político e jurídico, por ainda terem pouca representatividade nesses ramos.

“É nesse sentido que se constata um histórico deslocamento social e cultural da mulher para o segundo plano, em comparação com o posicionamento do homem em caráter de essencialidade” (GOSDAL, 2006, p. 307). E não é apenas no sentido da remuneração da desigualdade socioeconômica, mas sofre também outras inúmeras injustiças, pois sempre a imagem da mulher está vinculada a serviços domésticos, ou seja, limpar, passar, cuidar da casa e dos filhos, uma visão muito ultrapassada, diga-se de passagem.

De acordo com a escritora Mirla Cisne, a diferença existente no mercado de trabalho é como se fosse uma divisão sexual do trabalho, de modo que a mulher fica abaixo do homem na hierarquia, algo edificado historicamente, que representa uma forma da exploração de capital, obrigando as mulheres a trabalharem em ambientes precários e não tendo seu valor reconhecido.

De acordo com Cisne:

A não valorização do trabalho faz com que muitas mulheres não se percebam como trabalhadoras, não construindo, portanto, a identidade com sua classe. Isso faz com que algumas mulheres se acomodem, não se organizem e nem participem politicamente das lutas da classe trabalhadora (CISNE, 2015, p. 45).

Isso posto, entende-se que devido aos antecedentes históricos e os paradigmas construídos ao longo dos séculos, criou-se mulheres em sua maioria que se acostumaram com o pouco que lhes foi dado, e o quanto é importante e necessário a luta da classe feminina para conquistar seu espaço na sociedade, seu reconhecimento e sua valorização.

Muitas mulheres possuem dupla jornada, conciliando o trabalho do lar, que envolve cuidados com os filhos, casa, marido, em alguns casos os estudos, com o trabalho fora do lar, podendo-se afirmar que:

[...] o combate à opressão contra a mulher se torna mais acentuado, onde é preciso mais do que nunca lutar pela sua emancipação econômica e social, pelo seu direito ao trabalho, com todas as especificidades que isso implica, como por exemplo, salários iguais para trabalhos iguais, além da reivindicação de uma divisão mais justa no trabalho doméstico, na esfera reprodutiva, libertando, ao menos parcialmente, a mulher da dupla jornada (NOGUEIRA, 2010, p. 59).

De acordo com informações divulgadas em 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia



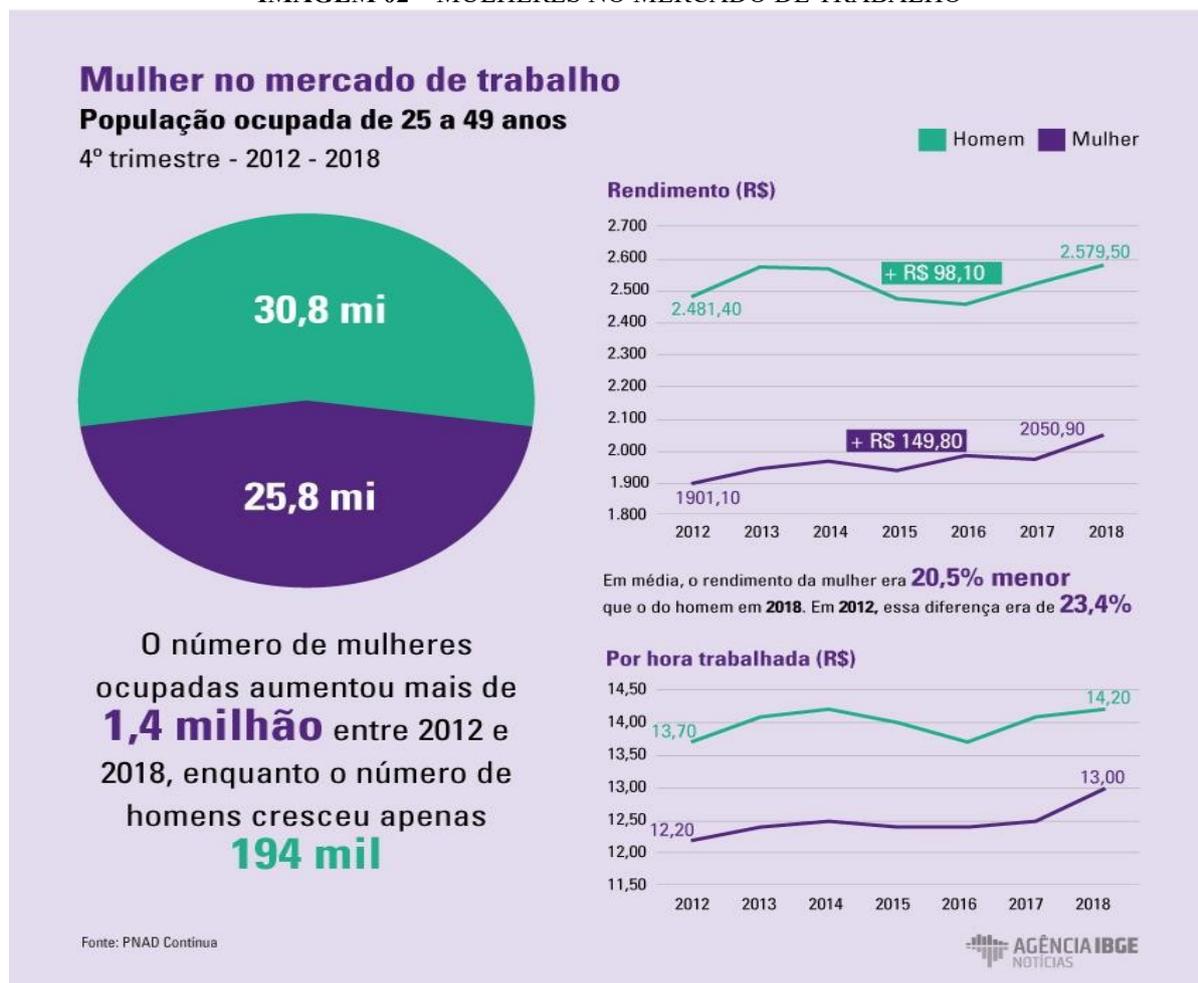
e Estatísticas (IBGE), as mulheres dedicavam-se semanalmente 73%(cerca de 18 horas) a mais do que os homens, em afazeres domésticos e cuidados de pessoas. No Nordeste essa diferença alcançava os 80%. “Isso explica, em parte, a proporção de mulheres ocupadas em trabalhos por tempo parcial, de até 30 horas semanais, ser o dobro da de homens (28,2% das mulheres ocupadas, contra 14,1% dos homens)” (IBGE, 2019).

Somando as horas destinadas aos cuidados e afazeres com as horas de trabalho remunerado o público feminino trabalha em média, 54,4 horas por semana, contra 51,4 dos homens (IBGE, 2019).

A relação da mulher com o trabalho não pode ser descrita apenas pelo que ela vive na sua função no meio laboral remunerado. Para entender sua realidade, é necessário observar a dupla jornada de trabalho. Além de trabalharem fora de casa, a maior parte da população feminina também exerce trabalho não remunerado em seus lares, trazendo consequências em sua participação no mercado de trabalho de modo geral. “De um total de 93 milhões de ocupados, apenas 43,8% (40,8 milhões) são mulheres, enquanto 56,2% (52,1 milhões) são homens” (IBGE, 2019).

A imagem abaixo mostra um estudo realizado pelo IBGE, com base na Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Esse estudo comprovou que embora houvesse ocorrido uma pequena diminuição na desigualdade salarial entre os anos de 2012 e 2018, as mulheres ainda ganham, em média, 20,5% menos que os homens no Brasil (IBGE, 2019).

## IMAGEM 02 – MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO



Fonte: IBGE (2019).

“O estudo analisou as horas trabalhadas, a cor ou raça, a idade, o nível de instrução das mulheres e dos homens ocupados de 25 a 49 anos. Também foi avaliada a distribuição nos grupamentos ocupacionais e as diferenças do rendimento médio real entre mulheres e homens” (OLIVEIRA, 2019, online).

No que tange às horas trabalhadas semanalmente. A pesquisa constatou que, em média, os homens trabalhavam 42,7 horas, enquanto as mulheres laboravam por 37,9 horas, resultando em cerca de 4,8 horas a menos.

Assim sendo, é notável que as mulheres são discriminadas em todos os âmbitos, seja no trabalho, com seus salários inferiores ao dos homens, seja na política com um baixo número de mulheres ocupando cargos de suma importância, seja no meio cultural onde a mulher enfrenta preconceito em relação às suas escolhas. Mas cabe ressaltar que a maior parte do serviço exercido por homens também pode ser exercido por mulheres.

## 5. GARANTIAS LEGISLATIVAS DE PROTEÇÃO ESPECÍFICAS AO TRABALHO DA MULHER E SUA REMUNERAÇÃO

A entrada da mulher no mercado de trabalho ocorreu com o advento da Revolução Industrial em 1760, através de muitas lutas. No entanto, mulheres eram exploradas pelos empregadores terminando com o recebimento de salários menores comparados ao dos homens, que não possuíam preocupações como a gestação ou amaternidade. Tudo isso desencadeou a criação de uma rede de proteção à mulher. Desde o momento de sua criação a Organização Internacional do Trabalho – OIT, já instituiu uma regulamentação de proteção ao trabalho da mulher, objetivando a efetivação da classe trabalhadora. (ROMAR, pág. 777, 2019)

Das regulamentações editadas pela OIT referentes à discriminação do salário, a Convenção nº 100, consolidada no Brasil pelo Decreto 10.088, em que disciplina a igualdade remunerativa para mão de obra masculina e feminina com um trabalho de igual valor. Assim, traz em seu artigo 1º:

Art. 1º - Para os fins da presente convenção:

- a) o termo ‘remuneração’ compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do empregodeste último;
- b) a expressão ‘igualdade de remuneração para a mão-de-obramasculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

A Carta Magna brasileira traz nos princípios fundamentais, em seu artigo 3º, inciso IV, que é um objetivo da República Federativa do Brasil “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, bem como, o artigo 5º, inciso I, expõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Entretanto, a situação de discriminação da mulher e a insuficiência da aplicação do texto Constitucional como um todo, nos traz a realidade de que o mesmo pode não ser eficiente. Assim, fazem-se necessárias normas regulamentadoras que visam complementar o texto constitucional. (DELGADO, 2019, p. 259-260)

Destarte, da intenção de trazer estas regulamentações das relações individuais e coletivas do trabalho no Brasil, além da proteção dos trabalhadores, surge a criação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. No que tange a discriminação salarial, em seu artigo 5º expressa que “*a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo*” (DELGADO, 2019, p. 961).

Conforme visto, muitas legislações se complementam para que exista uma efetivação das garantias dos direitos das mulheres, pois, infelizmente, as relações discriminatórias



subsistem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi observado, ainda persiste a discriminação por gênero no mercado de trabalho brasileiro, resultando, conseqüentemente, em desigualdade salarial entre homens e mulheres. Apesar de um estudo realizado pelo IBGE apontar uma leve diminuição dessa disparidade salarial entre os anos de 2012 e 2018, as mulheres ainda ganham, em média, 20,5% menos que os homens no Brasil.

Contudo, o Direito do Trabalho não compactua com esse comportamento. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 461, expressa que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”.

Assim sendo, em geral, aplica-se no Direito do Trabalho o Princípio Antidiscriminatório, proibindo a distinção, salvo em casos de existência de um fundamento razoável, não arbitrário, isto é, a distinção somente é lícita quando não for discriminatória. Isto é, a equidade salarial só é exigível a partir do momento em que todos os requisitos presentes no artigo 461 da CLT encontram-se devidamente preenchidos, caso contrário, a distinção salarial será lícita.

Ademais, a Organização Internacional do Trabalho em sua Convenção nº 100 esclarece que “a expressão ‘igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo” (art. 1, “b”).

Dado o exposto, compreende-se que diversas legislações, tanto de âmbito nacional quanto internacional se complementam e juntas buscam a efetivação do princípio do salário igual para trabalho igual, pois, infelizmente, as relações discriminatórias de gênero ainda perduram.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 10.088**, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificada pela República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2019-022/2019/Decreto/D10088.htm#art6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-022/2019/Decreto/D10088.htm#art6). Acesso em: 14 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho- TRT (11ª Região). **Recurso Ordinário: RO 0001523-12.2016.5.11.0016**. Relator: Marcia Nunes da Silva Bessa. Data de Julgamento: 09 abril 2018. Data de Publicação: 13/04/2018. Disponível em: <https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860372178/recurso-ordinario-ro-15231220165110016>. Acesso em: 16 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho - TST (8ª turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: AIRR 1000817-19.2017.5.02.0051**. Relator: Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 26/06/2019, Data de Publicação: DEJT 28/06/2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729447737/agravo-de-instrumento-em-recurso-de- revista-airr-10008171920175020051>. Acesso em: 16 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho – TST. **Agravo de instrumento em Recurso de Revista: AIRR 11141- 15.2015.5.03.0185**. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 26 set. 2018, Data de publicação: DEJT 05 out. 2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634862820/agravo-de-instrumento-em-recurso-de- revista-airr-111411520155030185>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CISNE, Mirla. **Gênero. Divisão Sexual do Trabalho e Serviço Social**. ed. 2. São Paulo: Outras Expressões, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. rev., e atual. ed. 18. São Paulo: LTr, 2019.

GOSDAL, Thereza Cristina; PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.); LEITE, Jorge [et al.] (Col.). **Diferenças de gênero e discriminação no trabalho**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 305-318.

\_\_\_\_\_. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Genesis, 2003.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo 2021. **Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. 11. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NETO, Alberto Emiliano de Oliveira. **O princípio da não discriminação e sua aplicação às relações de trabalho**. Revista Jus Navigandi. Set. 2006. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/8950/o-principio-da-nao-discriminacao-e-sua-plicacao-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 14 mar. 2021. as-

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. **As relações sociais de gênero no trabalho e na reprodução**. Revista Aurora, São Paulo, n. 6, p. 59-62, ago. 2010.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibg>. Acesso em: 16 mar. 2021.

PERET, Eduardo. **Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 16 mar. 2021.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do trabalho**. ed. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROMITA, Arion Sayão. **O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade**. Revista de Direito do Trabalho. n. 86. Curitiba: Genesis, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Renato Pinheiro. **Equiparação salarial após a reforma trabalhista, saiba o que mudou!**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/297911/equiparacao-salarial-apos-a-reforma-trabalhista--saiba-o-que-mudou>. Acesso em: 16 mar. 2021.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.



# CAPÍTULO 9

DOI: 10.47402/ed.ep.c202174833561

## GARANTIAS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS NA MATERNIDADE E A PRIMAZIA DO BEM-ESTAR DO PREMATURO

**Daniele Prates Pereira**, Doutora em Sociedade, Cultura e Fronteiras UNIOESTE/PR.  
Docente e pesquisadora no Grupo de Estudos em Direito, Democracia e Sociedade, Unioeste  
Francisco Beltrão/PR

**Marcela Warmling Koerich**, Graduanda em Direito, UNIOESTE

**Maria Vitoria Bortot Rama**, Graduanda em Direito, UNIOESTE

### RESUMO

O presente artigo teve por objetivo analisar as condições trabalhistas da maternidade sob a perspectiva do nascimento de um bebê prematuro, o qual necessita de cuidados extras, pois além de todo aparato necessário, esse pode precisar de internação de longo prazo. Diante dessa situação, muitas dificuldades são vivenciadas pela mãe e pelo bebê, pois em um momento de enorme importância, a condição hospitalar do prematuro pode implicar em prejuízos para ambos. Através de pesquisa bibliográfica, foi feita investigação teórica e jurisprudencial acerca do tema, constatando-se a importância da licença maternidade e de que modo este período tem influência nas relações de afeto e trabalho. A matéria foi pautada na necessidade de ampliação do salário maternidade e a contradição presente na licença maternidade, que vai em direção contrária ao princípio da isonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maternidade. Prematuro. Dignidade. Direitos Trabalhistas. Direitos humanos.

### INTRODUÇÃO

Inseridas em um sistema patriarcal, as mulheres foram colocadas em segundo plano em diversos âmbitos, designadas apenas a cuidar do lar e da prole. Com a transformação deste paradigma - apesar da inserção desta no meio laboral – as mulheres foram vítimas dos mais tipos de violações e injúrias no plano trabalhista e pessoal. As normativas de proteção, principalmente no que concerne a mulher no período gravídico-puerperal, foram frutos de intensas pressões para prover o mínimo de conforto no período da maternidade, já que este implica, além de tudo, em transformações profundas no físico, psíquico e social da mulher.

Contudo, embora as normativas sejam uma tentativa de promover melhores condições trabalhistas para que a maternidade seja mais tranquila, percebe-se que estas apresentam falhas, já que a mulher se debruça em uma árdua jornada para tentar conciliar a vida laboral e as tarefas no plano doméstico e cuidado com os filhos, as quais ainda são socialmente delegadas a elas.



Essa situação é ainda mais acentuada com o prematuro, visto que esse requer anteparos atenuados, precisando de longo período de internação, visando o desenvolvimento, pois por nascer antes da hora, pode possuir complicações para respirar, regular a própria temperatura e se alimentar. Frente a esse cenário, as genitoras podem desencadear problemas psicológicos por estarem sobrecarregadas com os cuidados com o bebê e com as atividades que foram atribuídas a ela antes do nascimento, o que enfatiza a necessidade de uma rede de apoio e de melhorias na licença e salário maternidade.

## **GÊNERO E DIREITOS DAS MULHERES: GARANTIAS CONSTRUÍDAS NO ENFRENTAMENTO**

Primordialmente, é relevante buscar as raízes históricas sobre as quais constituíram-se as desigualdades de gênero que permearam a construção de nossa sociedade. Na estrutura patriarcal, presente em muitos países, inclusive no Brasil, o homem sempre fora visto como o detentor do poder e do predomínio em funções de liderança e privilégio social, ocorrendo de mesmo modo no âmbito familiar, onde a figura paterna era vista como autoridade sobre mulheres e crianças.

As mulheres eram colocadas em segundo plano, obedientes e submissas à autoridade masculina. Exercendo o papel de gerar e criar filhos, a figura feminina tinha sua função social limitada historicamente pelo processo de socialização o qual todos somos submetidos, dando diferentes atribuições a meninos e meninas, o que reflete em várias esferas da sociedade. As mulheres não eram socializadas para ir além do ambiente do lar e do que concerne o cuidado.

Assim como destaca Costa et al. (2013, p. 2):

A concepção de igualdade entre homens e mulheres sempre foi pauta de discussão, assim como a ruptura de paradigmas e de valores. A submissão da mulher perante o homem sob a condição de costumes patriarcais estava bem definida sob a ótica da sociedade, que por sua vez, considerava de responsabilidade da mulher educar os filhos, a coesão familiar e todos os afazeres domésticos. Aos homens era dada a incumbência de sustentar a família, tornavam-se chefes familiares com o poder dominante sobre a casa e todas as decisões que pudessem ser tomadas perante todos da casa.

Ainda de acordo com Costa et al. (2013), a mulher, durante anos, foi preparada para ser uma boa esposa, sendo ensinada a executar atividades domésticas, o que a levaria a um casamento bem-sucedido. Tais princípios morais e culturais eram passados desde cedo, através de orientações que sugeriam a fragilidade feminina, sendo tal subordinação conseqüentemente aceita por elas. As mulheres possuíam seus destinos culturalmente fadados a ser uma mãe de



família, dona de casa e boa esposa, sendo afastadas de assuntos como política, funções religiosas e vida social.

As transformações deste paradigma ocorreram ao passo que as mulheres foram inseridas no mercado de trabalho. A partir do século XIX, durante a Revolução Industrial, a mão de obra feminina passou a ser empregada dentro das indústrias, tendo predileção pelos empregadores, visto que aceitavam salários menores do que os homens nos mesmos serviços, sujeitavam-se a jornadas de trabalho extensas e exaustivas e frequentemente labutavam em condições sanitárias insalubres e precárias. Sem deixar de lado os afazeres domésticos e o cuidado com os filhos, a figura feminina continuou trabalhando sem nenhuma proteção, até mesmo quando se encontravam gestantes ou amamentando.

Embora contribuindo para o crescimento e desenvolvimento social, as mulheres não obtiveram valorização pelo empenho colocado na esfera laboral, o que, progressivamente, através da indignação com o descaso em seu tratamento e posição social, ocasionou diversas lutas por condições de igualdade, por direitos básicos que nunca foram concedidos a elas e por proteção em todos os âmbitos, até mesmo no trabalhista.

Para Souza (2019, p. 11),

A mulher sempre foi pouco valorizada na história, embora tenha contribuído muito para o desenvolvimento e crescimento da sociedade. Mesmo que tardio, seu contato e experiência no campo do trabalho modificaram o seu modo de vida, possibilitando, assim, uma maior autonomia, independência e, conseqüentemente, liberdade. Após enormes lutas, na busca de melhoria e igualdade nas relações de trabalho, a mulher consegue ter seus deveres e direitos garantidos por lei.

No Brasil, durante o século XX, a combinação de fatores econômicos, culturais e sociais foi paulatinamente inserindo a mulher no mercado de trabalho. Em princípio, as mulheres de classes socioeconômicas mais baixas adentraram previamente o mercado de trabalho, para garantir o sustento da família.

Assim como demonstra Monte e Pereira (2006, p.3):

O ingresso das mulheres no mercado ocorreu de forma mais intensa a partir da década de 40. Por questões culturais, o perfil das mulheres que se inseriam neste período era bastante homogêneo: mulheres pobres, de baixo nível educacional e, conseqüentemente, baixa profissionalização, o que acentuava ainda mais a forte discriminação existente.

Demais pontos essenciais para a modificação do perfil da força de trabalho feminina foram a taxa crescente de urbanização, o aumento do nível instrucional feminino e a queda da taxa de fecundidade (MONTE e GONÇALVES, 2008). O terceiro fator está atrelado ao desenvolvimento de métodos contraceptivos, como a pílula anticoncepcional, que acaba por dar



maior possibilidade de controle a quantidade de filhos que desejavam ter, podendo assim ocupar-se entre a casa e o trabalho.

Assim como salienta Bruschini (2007), ao apontar que nas últimas décadas do século XX, importantes transformações demográficas, culturais e sociais foram responsáveis por aumentar o índice de trabalho feminino. Podendo ser citados a queda da taxa de fecundidade, a redução no tamanho das famílias, maior expectativa de vida para as mulheres, ou seja, maior presença feminina na população idosa e o crescimento acentuado de famílias chefiadas por mulheres. Nessa perspectiva, a autora ainda explana que:

Além dessas transformações demográficas, mudanças nos padrões culturais e nos valores relativos ao papel social da mulher alteraram a identidade feminina, cada vez mais voltada para o trabalho remunerado. Ao mesmo tempo, a expansão da escolaridade e o ingresso nas universidades viabilizaram o acesso delas a novas oportunidades de trabalho. Todos esses fatores explicam não apenas o crescimento da atividade feminina, mas também as suas transformações no perfil da força de trabalho. (BRUSCHINI, 2007, p. 541-542)

A figura feminina assumiu cada vez mais a condição de provedora do domicílio, sem deixar de lado as atividades domésticas e uma frequente busca por maior profissionalização. A mulher, por conseguinte, responsabiliza-se por uma exaustiva dupla ou tripla jornada de trabalho. Embora responsável pelo lar, por sua educação e sua ocupação profissional, a mulher sofreu enorme discriminação, sendo esta através de preconceito, dificuldade na admissão do emprego por sua condição de mulher, salários menores do que os direcionados aos homens que atuavam na mesma função etc. Contudo, esses obstáculos não a impediram de continuar a luta por garantias legais que regulassem e estabelecessem igual condição aos homens.

Com o transcorrer do tempo, ocorreram algumas iniciativas de regular o trabalho feminino, como estabelecia-se na Constituição de 1932, que estabelecia que sem distinção de sexo, todo trabalho de igual valor correspondente salário igual, além de proibir o trabalho da mulher desde as 22 horas até as 5 horas, impedindo o trabalho da mulher grávida durante um período de quatro semanas, antes do parto, e quatro semanas depois e de não permitir a demissão de mulheres grávidas pelos simples fato de gravidez.”

Contudo, as formas de exploração continuaram ocorrendo por meio de jornadas extensas ou diferenças salariais acentuadas, sob justificativas arbitrárias e prepotentes. Ademais, essas concepções eram de caráter protetivo, como enfatiza Costa et al. (2013, p. 4):

As mulheres eram proibidas de realizar trabalhos extras e no período noturno, mas essa falsa ideia de benignidade do paradigma caía por terra quando se levava em consideração que homens sempre foram explorados no trabalho e nenhuma lei que pudesse favorecê-los foi instalada, isso porque a medida tomada em relação à mulher nada mais era do que um ordenamento jurídico trabalhista. Sendo assim, os



estabelecimentos das normas de proteção ao trabalho da mulher visavam não favorecê-la, mas reavivar a estrutura da família patriarcal.

Após diversas tentativas imprecisas de dar a mulher, no âmbito legal, garantias de proteção e promoção, foi apenas em 1988 - com a promulgação da Constituição Federal – que passou a tratar-se de homens e mulheres com igualdade. Estabelece-se então, um marco jurídico, pois, em seu artigo 5º, o texto constitucional determina que todos são iguais perante a lei e que tanto homens como mulheres têm direitos e deveres equiparados, sem distinção.

[...] com o intuito de completar o artigo 5º, a Constituição Federal traz o artigo 7º, que destina seus incisos XVIII e XX à figura feminina, exigindo a proteção da mulher no mercado de trabalho, proibindo a desigualdade salarial e banalizando o critério de admissão por gênero, cor ou estado civil. Portanto, não são mais impedidos às mulheres os deferimentos da jornada, os trabalhos perigosos, insalubres e noturnos ou a mão de obra em minerações, subsolos e construções, tal como delimitava o antigo texto da Consolidação das Leis do Trabalho. (FRANÇA, 2021, p. 04)

Dialogando com França (2021) pode-se dizer que, de forma lenta, porém progressiva, as mulheres foram ampliando seu espaço e tornaram-se fundamentais para além da administração do lar. Apesar de determinadas conquistas na luta por garantias básicas, a mulher contemporânea ainda enfrenta diversos obstáculos no que concerne as relações de gênero. Segundo Bruschini (2007, p. 570-571):

A persistência de traços de segregação se revela também em outras dimensões: na esfera ocupacional, em que as trabalhadoras permanecem, em maior número, em setores, ocupações e áreas de trabalho tradicionalmente femininas, como o setor de serviços, o social, a administração pública; em cursos, profissões e empresas em segmentos culturais, sociais e de humanidades; no desemprego mais elevado e nas desigualdades salariais em relação aos colegas do sexo oposto, em todas as situações examinadas, mesmo quando as condições são semelhantes entre os sexos, como na jornada de trabalho, no nível de escolaridade e outras.

Além disto, as condições de desigualdade, segundo a autora, revelam-se também na persistência de responsabilidade das mulheres e mães pelas atividades domésticas e cuidado com as crianças e familiares, como foi constatado pelo número elevado de número semanal de horas que elas se dedicam a essas atividades. Indicou-se a manutenção de um perfil de força de trabalho feminino composto por mulheres mais velhas, casadas e mães que trabalham, mesmo com filhos pequenos e com todas as dificuldades que envolvem as responsabilidades domésticas, familiares e profissionais.

## **MULHERES MÃES E A PAUTA FEMINISTA**

Não bastasse a carga cultural que recai sobre as mulheres no que se refere ao cuidado com os indivíduos, à maternidade e a amamentação, a mulher contemporânea ainda se empenha em equilibrar múltiplas atribuições e ocupar espaços conquistados através de lutas históricas

em busca de liberdade e igualdade em sociedades majoritariamente patriarcais (ROCHA, 2021). Diante disso, a maternidade surge como uma escolha, uma possibilidade e não mais um dever, como orienta Scavone (2001). Verifica-se uma transformação no modelo de maternidade, passando de uma visão tradicional, na qual a mulher era apenas a figura maternal responsável pela prole, para um modelo onde a mulher possui outras atribuições e possibilidades, sendo a prole reduzida e muitas vezes planejada.

As transformações pelas quais os padrões de maternidade vêm passando, nos últimos trinta anos, devem ser pensadas em conexão com esses processos sociais e com a globalização econômica, a qual contribuiu para acelerar a difusão de novos padrões de comportamento e consumo. Entre estes, podemos citar como exemplo, o consumo crescente das novas tecnologias reprodutivas (contraceptivas e conceptivas) que ofereceram às mulheres, da década de sessenta em diante, a possibilidade de escolher com maior segurança a realização da maternidade. (SCAVONE, 2001, p. 48)

Como ressalta Scavone (2001) no trecho destacado, a escolha ponderada para a aceitação ou não da maternidade (paternidade ou parentalidade) demarca um período de transição dos papéis sociais de homens e mulheres, dando a possibilidade de decidir sobre a reprodução, para que seja embasada na experiência adquirida, livre de medo, culpa, ou qualquer sentimento que não seja realização. Todavia, esta escolha será mais reflexiva conforme forem maiores as possibilidades de acesso à informação e ao conhecimento especializado. A possibilidade da maternidade é também influenciada pelas condições socioeconômicas e subjetivas da mulher.

O novo modelo de maternidade dispõe de uma variedade de perfil de mães, sejam donas de casa, chefes-de-família, mães “produção independente”, mães profissionais de excelência etc. Porém, todas elas enfrentam a mesma dificuldade: conciliar todos os desejos e esferas de sua vida e os respectivos compromissos que estas demandam. Diante disso, procuram-se soluções – de acordo com o nível socioeconômico de cada mãe – para auxiliar no cuidado das crianças, sejam familiares, babás ou creches. De modo que, para Silva (2016, p. 2):

A presença necessária na vida e no cuidado com os filhos, sobretudo nos primeiros anos, o pouco acesso a creches ou a locais adequados para deixá-los, a menor flexibilidade em relação ao horário de trabalho, tudo isso pode impactar na percepção dos seus pares em relação à sua conduta profissional, de maneira completamente desproporcional com o que geralmente ocorre com os homens na mesma situação. A verdade é que o mercado de trabalho, sobretudo no Brasil, ainda não acolheu a mulher que virou mãe.

Contemplamos uma nova perspectiva em relação a família e a maternidade que se distancia dos moldes antigos e austeros de maneira mais ou menos intensa, de acordo com a realidade, condições e ambientes os quais os indivíduos estão inseridos. As novas famílias



constituem-se das mais variadas maneiras: mulheres com carreiras profissionais, genitores juntos ou separados, casais heteros e homoafetivos, mães e pais solo, entre outros,

O reconhecimento da pauta da maternidade nas pautas de gênero é relevante e tem como anseio a busca por equidade na relação familiar e na responsabilidade parental - cujas tarefas sempre foram designadas as mulheres - as quais ainda estão longe de serem obtidas.

## **DIREITOS TRABALHISTAS PARA AS MULHERES MÃES: POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS**

Jornadas longas e extenuantes, ambientes de labor em perigosos e insalubres e salários miseráveis foram recorrentes na rotina das trabalhadoras ao longo da história. Sendo elas ainda, por não existir qualquer tipo de regulamentação trabalhista, exposta a todo tipo de exploração por parte dos empregadores e, além disso, recebendo salários inferiores ao dos homens por prestar o mesmo serviço. A discriminação da mulher no âmbito do trabalho:

está relacionada diretamente à mulher e vinculada a conceitos referentes à vida doméstica e social. Origina-se nos mitos e crenças acerca da inferioridade da mulher em relação ao homem, o que prejudica a entrada da mulher no mercado de trabalho, pois sua contratação é vista como algo não vantajoso. (ALVES, 2011, p.32)

Desse modo, podemos ver que inicialmente a mulher era vastamente explorada no ambiente laboral e, quando iniciaram as tentativas de reavaliar essas questões em busca de igualar as situações trabalhistas de homens e mulheres, os empregadores não viam mais nenhum benefício em contratar mulheres, visto que os abusos e explorações deveriam ser cessados e que nenhuma vantagem obteriam em contratar alguém que possui a possibilidade de dar luz a uma nova vida, porque, para isso, a mulher precisaria ausentar-se do trabalho.

Com base nos estudos de Araújo (2013) esta condição peculiar é importante e valorosa o suficiente para que seja justificado um tratamento diferenciado e protetor, que não diminui, de maneira alguma, o direito do homem, mas sim amplia o da mulher, para que, desse modo, seja possibilitado um maior nível de igualdade material. O autor ainda dispõe acerca do contrato de trabalho da mulher:

O contrato de trabalho firmado com a mulher não é contrato especial. Detém a mesma natureza que a relação estabelecida com o trabalhador do sexo masculino. O que lhe confere uma luz própria é a atenção diferenciada que sobre ela recai. Trata-se de uma ordem de proteção mais incisiva, para poder ser alcançada a igualdade e realizar-se o respeito ao interesse público e à dignidade humana. (ARAÚJO, 2013, p. 52)

De acordo com o referido autor, partindo-se do princípio da proibição do retrocesso social - visto que é um direito fundamental de direito humano que engloba as normas de proteção ao contrato da mulher - deve-se interpretar o trabalho da mulher no pressuposto já

construído, fomentado através de anos de luta contra opressão e discriminação, fundamentada em diversas normas internacionais criadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim também destaca Viana (2009, p. 70):

As diferenciações devem sim existir, em virtude das inegáveis particularidades inerentes ao sexo, como a gravidez e a maternidade, porém, tais características devem ser tratadas de um modo que não se mostrem como empecilho para a contratação de mulheres, bem como para a manutenção do emprego e igualdade de remuneração.

No Brasil, a primeira norma federal a abordar de maneira expressa sobre o trabalho da mulher foi o Decreto nº 16.300, de 31 de dezembro de 1923, que entre os artigos 345 e 449 permitiu o direito ao repouso de 30 dias antes e 30 dias após o parto e presumiu a disponibilidade de creches ou salas destinadas a amamentação próximas as sedes das empresas, para que deste modo as mães pudessem amamentar seus filhos em períodos regulares.

Contudo, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 – a qual incorporou o princípio da igualdade material ao ordenamento jurídico – que se verifica a proibição de toda forma de discriminação, como elucida em seu artigo 3º, inciso IV, que traz como objetivos fundamentais da república federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação; e também em seu artigo 5º, inciso I, que dispõe que todos são iguais perante a lei, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações; e também estabelecendo igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal, desse modo, iniciando um processo adaptativo de construção do restante do sistema normativo a tais princípios. O que, assim como discorre Araújo (2013, p. 59):

Não pode, assim, o empregador invocar o argumento da condição feminina, da gestação, da idade (salvo as exceções que a Constituição Federal estabelece sobre o trabalho do menor), da cor, da origem, da raça, da situação familiar ou do estado civil para não contratar ou extinguir o contrato de trabalho.

No plano da relação laboral, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 7º, inciso XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. O autor continua referindo-se às disposições constitucionais:

Importa ressaltar que o princípio constitucional insculpido no inciso XX do art. 7º da Constituição Republicana, que declara que haverá proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, representa um compromisso com o princípio da isonomia. (ARAUJO, 2013, p. 56)

O Ato das Disposições Transitórias, em seu artigo 10º, II, b, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a data que foi confirmado a gravidez até cinco meses após o parto. Outra norma de extrema importância e que segue as orientações internacionais situa-se no artigo 392, inciso IV, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual garante a empregada, durante a gravidez, sem prejuízo de salário e vários direitos, por exemplo, a transferência de



função caso seja por motivo de saúde, garantindo a volta a antiga função ou a concessão de dispensa para a realização de seis consultas médicas e outros exames complementares ao decorrer da gravidez.

O principal objetivo do princípio de igualdade nas relações trabalhistas é o de permitir que homens e mulheres tenham iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, salários, promoções e até de razões justas para determinar o fim de seus contratos de trabalho (ARAÚJO, 2013). A legislação de proteção à maternidade é, desse modo, uma tentativa de dar a trabalhadora o mínimo de equilíbrio psicológico e financeiro durante sua gestação, perante um mercado de trabalho pouco favorável à sua absorção neste período.

A transição do pós-parto para o retorno à vida laboral sofre influências, principalmente, do suporte que a mulher recebe em seu meio social e nas relações familiares, do apoio emocional e concreto, como a creche, que, muitas vezes, não comporta a quantidade de crianças que a realidade demanda.

A disponibilidade de creches tem influência direta no trabalho da mãe trabalhadora, considerando que permite a mulher uma melhor conciliação entre família e trabalho, em um sistema que incumbe a mãe pelos cuidados e educação das crianças. O direito à creche é previsto na CLT desde 1967, contudo, sua efetivação encontra-se longe de ser uma realidade em nosso país (VIEIRA, 2013).

As exigências que recaem sobre a mulher – de que esta seja esposa, mãe e profissional perfeita – derivam de um sistema em que a eficácia e os resultados perseguem incansavelmente as vidas humanas e de um processo de socialização que, desde a infância, condiciona e estimula meninas a determinadas atividades. Desta forma, o cuidado com o lar e com os filhos é tido como uma prioridade para muitas mulheres em nossa sociedade.

Deve-se considerar a pluralidade de mulheres e mães que existem, bem como suas condições culturais e socioeconômicas. A necessidade de que alguém cuide da criança para que a mãe possa retornar as atividades laborais é inerente à maternidade – algumas contam com rede de apoio familiar, outras podem pagar babás, escolinhas ou ajudantes, porém, muitas acabam deixando de trabalhar para ficar com o bebê. Itaboraí ainda destaca que:

Igualmente, está claro que ter filhos pequenos continua afetando as possibilidades de dedicação ao trabalho por parte da mulher, especialmente das camadas baixas, já que as soluções de cuidado infantil têm um caráter privado, dependendo dos recursos de pessoal (substitutos para a mãe) e financeiros (cuidado pago) das famílias. (ITABORAI, 2016, p.174)



De modo que, apesar das conquistas na esfera produtiva, as trabalhadoras ainda não se desassociaram de seu papel social dentro da esfera reprodutiva, como mostram os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2009, que demonstra que além da jornada de trabalho, 90% das mulheres efetuavam também as tarefas domésticas, enquanto apenas 49,7% dos homens realizavam as mesmas tarefas (IBGE, 2009). Segundo Vieira (2013, p.9):

Os atuais moldes da licença para o cuidado dos filhos, apesar de terem como objetivo a proteção da mãe e da criança, reforçam a divisão sexual do trabalho. Isso decorre da previsão constitucional da licença maternidade de 120 dias, enquanto a licença paternidade é de sete dias, o que impede a livre opção pelo cuidado dos filhos, impondo jurídica e oficialmente o dever de cuidado do recém-nascido à mulher.

Assim, fica claro que o atual modelo do direito trabalhista não é totalmente capaz de impedir o estigma que impede a preservação e o crescimento da figura feminina no mercado de trabalho, com seu viés maternalista, que segundo Vieira (2013, p.9), “despeja praticamente todas as responsabilidades familiares sobre as mulheres, tornando-as sobrecarregadas e, conseqüentemente, não competitivas”.

## **PREMATURIDADE: CONCEITOS E CONJUNTURA BRASILEIRA**

A Organização Mundial de Saúde define prematuridade como sendo todo recém-nascido vivo com menos de 37 semanas completas de gestação contadas a partir do primeiro dia do último período menstrual. O recém-nascido com menos de 2.500g é denominado de baixo peso, podendo ou não ser prematuro, na dependência da idade gestacional. Mesmo com a prevenção durante o pré-natal e a assistência neonatal em constante ascensão de recursos tecnológicos, o nascimento prematuro ainda é um dos principais obstáculos enfrentados no campo da obstetria, uma vez que tanto a morbidade como a mortalidade neonatal perpetuam em índices elevados. Além disso, adversidades resultantes da prematuridade representam sérios problemas de saúde pública, visto que estão entre as principais causas de morte no primeiro ano de vida da criança.

As complicações precoces da prematuridade tardia incluem síndrome do desconforto respiratório, apneia, hipotermia, hipoglicemia, hiperbilirrubinemia, dificuldades alimentares, imaturidade do sistema nervoso central e infecções, sendo o risco de ocorrência de ao menos uma complicação sete vezes maior nesse grupo, quando comparado aos recém-nascidos a termo (RNT). A morbidade e o risco de hospitalização durante o primeiro ano de vida também são maiores em comparação com crianças nascidas a termo. A longo prazo, estudos indicam que, quando comparados aos RNT, os recém-nascidos prematuros tardios (RNPT) têm risco maior de alterações no neurodesenvolvimento e dificuldades de aprendizado, com alterações neurocognitivas que podem persistir até a idade adulta. (VANIN et al., p. 02)

De acordo com o trecho destacado do estudo de Vanin et al. (2020), quanto menor a idade gestacional, mais complexa a condição de saúde e desenvolvimento do bebê. Quando as pesquisadoras se referem a recém-nascidos tardios, são os bebês nascidos entre 34 e 36 semanas de idade gestacional. Porém, em qualquer caso de prematuridade, há riscos de morbidade, hospitalização durante o primeiro ano de vida, risco de danos neurológicos, entre outras intercorrências, como explicitado.

Ainda dentro desta perspectiva, conforme pesquisa realizada por Robinson e Norwitz (2020) existe, m fatores de risco para o nascimento prematuro, os quais são divididos em: história anterior de obstetria/ ginecologia; demografia materna; estado nutricional/ atividade física; características maternas/ gestantes atuais. Assim, alguns dos possíveis motivos que acarretam o parto pré-termo, são: anomalias uterinas; pouco acesso a cuidados médicos, abuso físico, aculturação; mau estado nutricional, longa jornada de trabalho; sangramento vaginal, condições médicas maternas (hipertensão, diabetes, doenças de tireoide), problemas psicológicos (estresse, depressão). Além disso, são citados também o uso de substâncias como: nicotina e álcool; infecções e contrações uterinas.

Desse modo, como destaca Ghedin (2015), a melhor maneira de prevenção da prematuridade é o acompanhamento médico pré-natal e o tratamento de patologias que possam acelerar o nascimento. Todavia, em algumas situações, mesmo com todo o acompanhamento ainda assim o inevitável acontece – com o pré-natal adequado nestes casos a família e o médico estão preparados, optam por um hospital equipado e estão prontos para qualquer intervenção necessária.

Os bebês recém-nascidos encontram-se frágeis e dependentes, portanto necessitam de atenção integral e cuidados especiais por parte dos responsáveis, mais ainda os prematuros, pois não completaram muitas etapas de desenvolvimento intra-uterino. Assim, é notório que muitas vezes a mãe e o bebê não conseguem permanecer em contato direto, afinal devido as possíveis complicações no quadro, é necessário o internamento para que se realize o tratamento adequado, o que, sem dúvidas, influencia no processo de criação de vínculo afetivo entre ambos.

Em estudo realizado por Silva (2009, p.10), constatou-se que um aspecto muito importante para o desenvolvimento do vínculo na maternidade está no fato do contato entre mãe e filho, no ato de pegar o filho em seus braços e prestar os mínimos cuidados. Também se observou que a prematuridade é entendida pela mãe como um fator de distanciamento entre ela e bebê, em que não apenas ocorre uma situação de cuidados especiais ao mesmo, mas também



uma condição de ruptura de um processo que ela e o bebê estavam vivenciando, ou seja, o processo da gestação. Para a mãe e o filho, o nascimento prematuro provoca um sentimento de perda e sofrimento, dado pela interrupção de um vínculo primordial que se desenvolveu durante a gravidez.

Além da ruptura do vínculo e do planejamento relacionado ao nascimento, ainda muitas dificuldades são enfrentadas pela mãe do bebê prematuro, pois existem na maioria dos casos tratamentos e procedimentos a serem realizados, e conseqüentemente, a genitora vivencia diferentes estados emocionais, podendo ser eles: de culpa, de insegurança, de incertezas e de não realização da maternidade como deveria ser, uma vez que ela já havia feito inúmeros planos de como agir após o nascimento do bebê. Somando-se a isso, o ambiente doméstico também exerce papel fundamental em um momento tão delicado, pois as mães se veem em uma realidade ambígua e sobrecarregada, haja vista que querem oferecer o suporte necessário ao filho internado, sem precisarem abdicar dos afazeres atribuídos para si e dos cuidados com os outros membros da família.

Em seu estudo, Silva (2009, p.11), retrata o cenário vivenciado por inúmeras mães:

A ambivalência também foi um estado emocional vivenciado por mães acompanhantes de filhos hospitalizados, em que ficava difícil para essas mulheres assumirem a escolha de interromper as atividades domésticas para ficar com o filho internado. Todas se sentiam insubstituíveis para o filho; no entanto, as demais responsabilidades que tinham em casa demandavam sua atenção, o que gerava sentimento de impotência.

Perante a uma jornada exaustiva em torno de hospitais e outros contextos vivenciados fora dele, é nítida a necessidade de uma rede de apoio que ofereça suporte à todas as mães, não exclusiva e necessariamente no começo da maternidade, e sim em todas as fases. Essa base, é composta por indivíduos que estarão sempre presentes para auxiliar em diferentes âmbitos e necessidades, possibilitando que as mães tenham momentos exclusivos para elas e não se sintam sobrecarregadas.

## **ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LICENÇA E SALÁRIO MATERNIDADE EM CASOS DE PREMATURIDADE NO NASCIMENTO**

É indubitável que alguns direitos são essenciais antes mesmo do nascimento do bebê, como a licença e o salário maternidade. Esses, são indispensáveis, assim justifica Rocha (2012, p.41):

Durante a gestação, a mulher não se limita a aguardar o filho; trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto suas reservas



físicas quanto psíquicas como sua aptidão para criar uma nova vida. Todo esse processo implica uma situação de estresse, capaz de gerar transtornos físicos e alterações psiquiátricas.

A licença maternidade no Brasil existe desde a Constituição Federal de 1937, que “[...] assegurou a assistência médica da gestante no trabalho, sem prejuízo do salário e assegurando um período de repouso antes e depois do parto [...].” Tal Constituição ainda não garantia a estabilidade, e em 1943 a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) inseriu em seu bojo a previsão da assistência médica da gestante sem prejuízo do salário e do emprego, garantindo um período de repouso antes e depois do parto. As Constituições seguintes mantiveram estas garantias (1946, 1967, 1988).

Dessa forma, a licença-maternidade é um período designado às gestantes com o intuito de proteger e amparar a mãe e o bebê. A Carta Magna, em seu art. 7º, XVIII, da Constituição Federal (aplicável aos servidores públicos por força do disposto no art. 39, § 3º, da CF), estabelece licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte) dias.

A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste. Delgado citado nos estudos de Ghedin (2015) afirma que a licença maternidade tem por intenção a proteção da mulher no trabalho, garantindo-lhe o emprego durante e após a gestação, bem como o salário sem descontos por necessidade de consultas médicas ou amamentação por exemplo:

A expressão Licença-Maternidade é utilizada tanto ao direito trabalhista, como ao direito previdenciário. Nas relações de trabalho ocorre através da estabilidade que a gestante adquire desde o início da gravidez até cinco meses após o parto, da alteração do local de trabalho ou de função quando necessário para evitar problemas na gestação, das liberações para consultas médicas de no mínimo seis consultas durante a gestação e da não discriminação da mulher no período da gravidez. Já no âmbito previdenciário, constitui proteção no que diz respeito ao pagamento da remuneração integral a gestante ou através da adoção no período de 120 dias. (DELGADO por GHEDIN, 2015, p. 32)

Quanto ao salário-maternidade previdenciário, visa garantir a remuneração integral à gestante, sem onerar o empregador, a fim de fortalecer novamente os vínculos empregatícios das mulheres. Ademais, como afirma Barros (2011, p. 693):

À luz da Constituição, a empregada (urbana, rural, avulsa e doméstica) no ciclo gravídico-puerperal faz jus à licença-maternidade de 120 dias, devendo afastar-se entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste. A licença é compulsória e o órgão previdenciário arcará com o pagamento do salário-maternidade. Em casos excepcionais, os períodos da licença antes e depois do parto poderão ser aumentados de duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo SUS.



É importante enfatizar que tal direito é válido às funcionárias com filhos biológicos, quanto às adotantes, mas nestes casos, os tempos de afastamento são de acordo com a idade da criança. Conforme está disposto no artigo 2º do Decreto n.º 7.052/2009:

Art. 2º O disposto no art. 1º aplica-se à empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:  
I - por sessenta dias, quando se tratar de criança de até um ano de idade;  
II - por trinta dias, quando se tratar de criança a partir de um ano até quatro anos de idade completos; e  
III - por quinze dias, quando se tratar de criança a partir de quatro anos até completar oito anos de idade.

No caso do tema do presente estudo, discutimos especificamente os prematuros biológicos, e desconhecemos os posicionamentos jurídicos acerca da possibilidade ou não de ampliação de tal licença para casos de adoção de bebê prematuro. Todavia, os argumentos que aqui são apresentados podem futuramente servir de suporte judicial para tais casos, já que os bens jurídicos tutelados são os mesmos – o acompanhamento do bebê pela mãe e a necessidade de que a mesma tenha segurança quanto ao emprego e renda enquanto necessita prestar tais cuidados.

Sobre a licença para os casos de mães de prematuros biológicos, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar para que os dispositivos da CLT e da Lei 8.213/1991 sejam interpretados de maneira que seja reconhecido como marco inicial da licença-maternidade e do salário-maternidade a alta hospitalar de quem sair por último, seja a mãe ou o filho, sendo a concessão dessa medida restrita aos casos mais graves. O ministro relatou que embora seja possível a extensão da licença em duas semanas antes e após o parto, não há previsão de extensão em casos de internações mais longas, especialmente quando trata-se de crianças nascidas prematuramente (STF, 2020).

O ministro assinalou que essa omissão legislativa resulta em proteção deficiente tanto às mães quanto às crianças prematuras, que, embora demandem mais atenção ao terem alta, têm esse período encurtado, uma vez que o tempo de permanência no hospital é descontado do período da licença. Fachin destacou que, no período de internação neonatal, as famílias são atendidas por uma equipe multidisciplinar, e é na ida para casa que os bebês efetivamente demandarão o cuidado e a atenção integral de seus pais, especialmente da mãe. Assim, é a data da alta que dá início ao período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. “É este, enfim, o âmbito de proteção.” (STF, *online*, 2020)

O ministro destacou ainda que há uma unidade a ser protegida (mãe e filho) e que não se trata apenas do direito do genitor à licença, mas do direito do recém-nascido, no cumprimento do dever da família e do Estado, à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. “Esse direito confere-lhe, neste período sensível de cuidados ininterruptos (qualificados pela prematuridade), o direito à convivência materna”, concluiu.

Já para casos de nascimento prematuro, ou seja, situações que exigem mais cuidados e períodos mais longos de internação, a licença maternidade pode ser prorrogada, prevendo um limite máximo de 240 dias de licença. Conforme explica Carvalho (2020, p.4):

A proposta foi aprovada no Senado, tendo recebido, no entanto, alteração no texto original para prever um limite máximo de 240 dias de licença:

Art. 7º XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias.

De todo modo, em algumas situações este prazo também não é suficiente para suprir todo o período de ausência da mãe no trabalho – existem casos em que o acompanhamento médico hospitalar ultrapassa doze meses.

Outro direito imprescindível assegurado às gestantes é o salário maternidade, o qual serve de amparo econômico para a mãe e o filho, decorre das contribuições vertidas à Previdência Social e tem o intuito de cobrir despesas e subsistência durante o período de descanso da genitora nos primeiros meses de vida do bebê. Este benefício diminui as despesas da empresa empregadora, já que a Previdência Social assume a remuneração integral da empregada. Ghedin (2015) explica ainda que enquanto a licença-maternidade serve somente para a empregada (relação de emprego), e o salário maternidade por outro lado, pode ser concedido a todas as seguradas da Previdência Social que tenham carência e qualidade de segurada. Junto a tais considerações, Ristow (2017) discorre sobre o salário maternidade e casos especiais:

O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, de acordo com que preceitua o artigo 71 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991). Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico. (RISTOW, 2017, p.15)

Desta maneira, permanece a indagação em relação às mães de prematuros, afinal, os períodos que foram aqui apresentados não acompanham o tempo necessário ao tratamento e recuperação dos prematuros, que, como já demonstrado neste trabalho, acabam sendo de aproximadamente um ano (12 meses).



## NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE E JURISPRUDÊNCIA

Historicamente, mesmo com jornadas de trabalho exaustivas, em ambientes muitas vezes insalubres, as mulheres perpetuavam no papel de protagonistas nos cuidados domésticos e de toda a família. Assim, é visto que o trabalho se multiplicou, afinal, as mulheres estavam trabalhando dobrado e ainda não possuíam direitos como a licença e salário maternidade.

Um dos primeiros dispositivos normativos no Brasil que buscou proteger as mulheres no âmbito do trabalho foi o Decreto 21.417-A de 1932, proibindo trabalho noturno das 20h00 às 05h00, trabalho nos subterrâneos, em locais insalubres ou perigosos, remoção de peso, proibição de trabalhar no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, entre outras proteções. O decreto passa a pensar nas condições peculiares das mulheres.

Com o decorrer do tempo e a evolução dos direitos, em especial aos trabalhistas, agora as genitoras possuem leis que protegem o seu trabalho e auxiliam em período de licença maternidade. Rocha (2012, p.33), acrescenta:

Comemora-se, ainda hoje, a proteção à maternidade trazida pela ampliação da licença na Constituição Federal. É importante mencionar que, ao mesmo tempo, as mulheres tiveram reconhecidos outros direitos essenciais, por meio de avanços tais como a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a eliminação do pátrio poder, entre outros.

Perante o que expõe Barros (2016, p.1084):

A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.

Ressalta-se ainda a necessidade e o direito de a mulher viver a licença maternidade, tendo em mente que esse momento é de suma importância para consolidação de vínculos entre a mãe e o bebê. Nesse período, em que a genitora destina os cuidados ao filho, ela está amparada economicamente pelo salário maternidade, o qual ao observar todas as necessidades de uma criança, é evidente a necessidade de uma ampliação, isto fica claro neste estudo em relação aos prematuros.

A discussão proposta sobre ampliação de salário maternidade, se dá em razão aos custos elevados que se fazem necessários para assegurar que o bebê se desenvolva com qualidade de vida. O benefício que é de direito da genitora, antes era usado por ela para determinados fins, contudo com a chegada do bebê, tais fins são ampliados, visto que agora é preciso garantir a proteção infantil. Antes mesmo do nascimento do bebê, a mãe precisa de preparos, como:



realização de pré-natal, medicamentos, alimentação balanceada, sem contar o enxoval que será utilizado pelo recém-nascido.

Ainda na condição exposta anteriormente, após o nascimento é imprescindível a realização de exames com a finalidade de monitorar a saúde do bebê, por outro lado, a amamentação pode precisar de suplementação, a qual tem custos elevados e, portanto, pode acarretar dificuldades financeiras frente a classe social que esta família está inserida.

Assim, conforme dispõe a legislação especial, o ECA (Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990) em seu artigo 7º determina que a criança e adolescente tem direito à proteção, à vida e à saúde mediante efetivação de políticas públicas, sentimos faltas destas, em especial em casos de prematuridade.

Por fim, é notória a necessidade de ampliação do salário maternidade, uma vez que no cenário atual as mulheres precisam administrar inúmeros papéis ao mesmo tempo e assegurar que o filho tenha qualidade de vida, e isso principalmente nos primeiros meses de vida do bebê possui custos elevados. Ainda, como exposto no artigo, os bebês prematuros exigem cuidados especiais muitas vezes por períodos equivalentes a um ano, sendo necessário que a mãe possa se manter e manter as despesas familiares enquanto dedica-se ao cuidado com este prematuro. Percebe-se uma tendência em relação a se garantir maior licença, porém, ainda não existe decisão jurisprudencial quanto a ampliação do salário maternidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo observou-se que as atribuições destinadas as mulheres, no cuidado com a casa e com os filhos, acabam sobrecarregar as figuras que tentam conciliar estes diversos papéis em nossa sociedade. Diante do exposto, ficou evidente que, durante sua jornada, a mulher fora privada de várias garantias, sofrendo exploração e discriminação em diversos âmbitos.

Apesar dos empecilhos, a mulher conseguiu seus direitos no ordenamento através de lutas sociais e culturais. Contudo, há a necessidade de aprimoração de algumas dessas garantias, tomando como exemplo a constatação apresentada neste trabalho, do recém-nascido prematuro e dos cuidados que englobam este difícil momento, que não está englobado no salário-maternidade.



O bebê prematuro, por sua vez, necessita de aparatos cautelosos para seu desenvolvimento, o que sem dúvidas, sobrecarrega o vínculo familiar e especialmente a mãe, a quem os cuidados com a prole são culturalmente delegados. Além disso, o momento demonstra uma ruptura de um processo significativo de construção de vínculo entre mãe e filho, o que ocasiona aflição e sofrimento para ambos.

Diante do exposto, considerando os princípios constitucionais que visam a saúde, a dignidade e a proteção da criança, torna-se fundamental a necessidade de ampliação de licença e salário maternidade. Tais benefícios, como já exemplificamos anteriormente, auxiliam a mãe e o bebê na criação direta de vínculos e são base de sustento, principalmente, nos primeiros meses do bebê, para auxiliar no custeio de suas necessidades e oferecer maior qualidade de vida à criança.

Somando-se a isso, ainda, ficou claro que para atenuar as consequências de nascimento de um bebê, principalmente os prematuros, é indispensável o suporte e assistência à mãe, - a quem a sociedade incumbe de cuidar dos filhos, do lar, e de seu labor – através da divisão de responsabilidades com o parceiro, com o vínculo familiar e com as políticas públicas, através de subsídios para uma maternidade tranquila, considerando que a proteção deste momento é um dever de todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Juliane Ferreira. Direito do trabalho da mulher. Rio de Janeiro, 2011. Monografia – Universidade Candido Mendes, Instituto a vez do mestre pós-graduação. Disponível em: [http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/n204141.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/n204141.pdf). Acesso em: 22 de maio de 2021.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O trabalho da mulher e o princípio da igualdade. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 46-62, jul./set. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/50034>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

Associados à prematuridade tardia. Rev Paul Pediatr. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpp/a/cDpY6xg3RsHkgj65S7jBxXd/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2021.

BAYLÃO, André Luís da Silva; SCHETTINO, Elisa Mara Oliveira. A Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho Brasileiro. In: XI Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Resende, RJ – 22 a 24 de outubro de 2014.

BRASIL, Decreto nº 21.417-A. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>. Acesso em 06 de junho de 2021.



BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF – 1988. BRASIL. Lei 8.662 de 07 de junho de 1993.

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

BRASIL. Constituição Federal (1937). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro concede liminar para considerar alta da mãe ou do recém-nascido como marco inicial da licença-maternidade. Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439225&ori=1>

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. Cad. Pesqui., São Paulo, v. 37, n. 132, p. 537-572, Dec. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742007000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742007000300003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 21 de maio de 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742007000300003>.

CARVALHAL, Ana Paula. STF determina que licença-maternidade começa a contar da alta hospitalar. Revista Consultor Jurídico, 4 de abril de 2020, 10h25.

COSTA, C. L. N. do A.; ROCHA, A. C.; SANTOS, I. K. B.; SILVA, J. G. de J.; SANTOS, M. H. L.; SANTOS, M. de O.; DOS SANTOS, P. B. A evolução dos direitos trabalhista da mulher ao longo dos tempos. Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - SERGIPE, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 77-84, 2013. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/950>. Acesso em: 29 maio. 2021.

FRANÇA, Luana Aparecida Gomes De. - A luta das mulheres no mercado de trabalho frente à reforma trabalhista: implantação do artigo 394-a da Consolidação das Leis Trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2021.

GHEDIN, Franciele Hirsch. Ampliação da licença-maternidade em decorrência de nascimento prematuro frente aos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - Síntese de Indicadores 2009. IBGE, 2009a.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. Trabalho Feminino e Mudanças na Família no Brasil (1984-1996): comparações por classe social. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/download/1228/1192>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

MONTE, Paulo Aguiar do; GONÇALVES, Michelle Ferreira. A inserção ocupacional e os determinantes salariais das mulheres no mercado de trabalho. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais, XVI, 2008. Caxambu- Minas Gerais.

MONTE, Paulo Aguiar do; PEREIRA, Ana Elizabete da Silva. A inserção feminina no mercado de trabalho brasileiro e seus determinantes salariais: evidências para os anos 1995 e 2006. 2006. Disponível em: [https://www.bnb.gov.br/documents/160445/214098/a\\_insercao.pdf/3bd4ff56-656f-49a9-918a-6d6f48e4bfb0](https://www.bnb.gov.br/documents/160445/214098/a_insercao.pdf/3bd4ff56-656f-49a9-918a-6d6f48e4bfb0). Acesso em 21 de junho de 2021.

RISTOW, Caroline Bourdot Back. O direito de licença-maternidade especial para mães de filhos prematuros. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário. Palhoça. 2017.

ROBINSON, Julian N.; NORWITZ, Errol R. Nascimento prematuro: fatores de risco, intervenções para redução de risco e prognóstico materno. UpToDate, 2020 [Acessado em 18 de junho de 2021]. Disponível em [https://www.uptodate.com/contents/preterm-birth-risk-factors-interventions-for-risk-reduction-and-maternal-prognosis?search=pre%20termo&source=search\\_result&selectedTitle=3~150&usage\\_type=default&display\\_rank=3](https://www.uptodate.com/contents/preterm-birth-risk-factors-interventions-for-risk-reduction-and-maternal-prognosis?search=pre%20termo&source=search_result&selectedTitle=3~150&usage_type=default&display_rank=3). Acesso em 20 de junho de 2021.

ROCHA, Thaíssa Tamarindo da. Proteção Constitucional à Maternidade no Brasil: Um Caso de Expansão da Garantia Legal. 2012. 108 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SCAVONE, L. Motherhood: transformation in the family and in gender relations. *Interface \_ Comunic, Saúde, Educ*, v.5, n.8, p.47-60, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v5n8/04.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

SILVA, Roberta Viegas e. Maternidade e Mercado de Trabalho – avanços possíveis. *Boletim Legislativo – Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa*; n. 42, 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518436>. Acesso em: 24 de maio de 2021

SILVA, Rosangela Venancio da; SILVA, Isília Aparecida. A vivência de mães de recém-nascidos prematuros no processo de lactação e amamentação. *Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro*, v. 13, n. 1, p. 108-115, Mar. 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-81452009000100015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452009000100015&lng=en&nrm=iso). Acesso em 07 de junho de 2021.

SOUZA, Maria José de Andrade. A proteção ao trabalho da mulher e estabilidade da gestante à luz da súmula 244 do TST: eficácia e desafios. Centro Universitário Tabosa de Almeida, 2019. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2468>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

VANIN, Luísa Krusser; ZATTIB, Helen; SONCINIB, Thaise; NUNES, Rodrigo Dias; SIQUEIRA, Louise Beni Staudt de. Maternal and fetal risk factors associated with late preterm infants. *Revista Paulista de Pediatria*. 2020; 38: e2018136. Published online 2019 Nov 25. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6909261/>. Acesso em 10 de junho de 2021.

VIANA, Carina Ribeiro. A compatibilização da maternidade com o trabalho da mulher frente ao princípio constitucional da igualdade. Universidade Federal Do Ceará, 2009. Disponível em: [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28535/1/2009\\_tcc\\_crviana.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28535/1/2009_tcc_crviana.pdf). Acesso em: 21 de junho de 2021.



VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Mulher, trabalho e maternidade: análise do sexismo presente no direito do trabalho brasileiro como barreira à igualdade de gênero. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013. ISSN2179-510X. Disponível em: [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373336689\\_ARQUIVO\\_Trabalhocompleto\\_ReginaStelaCorreaVieira.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373336689_ARQUIVO_Trabalhocompleto_ReginaStelaCorreaVieira.pdf). Acesso em: 25 de maio de 2021.



# CAPÍTULO 10

DOI: 10.47402/ed.ep.c20217499516

## UM ESTUDO DA ADI 3.510/08 A PARTIR DOS DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E ONTOPSICOLOGIA<sup>8</sup>

**Rosane Leal da Silva**, Doutora em Direito pela UFSC. Professora do Curso de Direito, AMF  
**Pedro Henrique Hermes**, Mestrando em Direito pela UNISC. Graduado em Direito, AMF  
**Débora Franciele Pfüller**, Graduada em Direito, AMF  
**Fabiano Fabrício Ehrhardt**, Graduado em Direito, AMF. Advogado

### RESUMO

O presente artigo busca analisar as divergências trazidas pelo voto de parcial procedencia do Ministro Ricardo Lewandoski na ADI 3.510/08 que questionou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança e se elas se encontram adequadas à luz da Ciência Ontopsicológica. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma visão geral sobre a Ciência e sua evolução, perpassando pelos direitos fundamentais em conflito a partir disso, até se chegar ao caso concreto analisado pelo Supremo Tribunal Federal. O método de procedimento utilizado é o estudo de caso, haja vista que serão analisados os fundamentos à luz da Ontopsicologia de decisão hospedada no sítio do Supremo Tribunal, com destaque para o voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski. Concluiu-se que a decisão transcende os argumentos expostos no voto do Ministro Lewandowski, eis que condiciona a possibilidade do desenvolvimento do feto para a existência de alma do sujeito (identificável pelo critério adotado), bem como favorece o desenvolvimento da ciência para os fins humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** ADI 3.510/08; Células-tronco embrionárias; Direitos Fundamentais; Ontopsicologia.

### INTRODUÇÃO

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal se deparou com o caso da suscitada inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, a partir de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. A questão diz respeito sobre a possibilidade ou não de pesquisas com células-tronco embrionárias, previstas no referido artigo, levando a Corte Constitucional a se posicionar sobre questões referentes à dignidade humana, início da vida, evolução científica e, inclusive, dilemas éticos a partir da Bioética e Direito.

A ação refere-se não somente à pesquisa científica, mas aborda questões que envolvem a vida humana e sua dignidade, além do próprio direito à saúde. Por esse motivo, não deve ser

---

<sup>8</sup> Projeto financiado pela Fundação Antonio Meneghetti – Recanto Maestro – RS.

realizada uma análise isolada da questão, mas, em verdade, uma análise interdisciplinar do caso. Nesse panorama é que se insere a Ontopsicologia enquanto ciência interdisciplinar e como possibilidade para se chegar a uma possível análise.

Nesse sentido, impõe-se o seguinte questionamento: é possível afirmar que as divergências levantadas no voto do Ministro Ricardo Lewandoski na ADI 3.510/08, manifestando-se pela parcial procedência da ação que questionou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, encontram-se adequadas à luz da Ciência Ontopsicológica?

Para responder a tal questão, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, tendo em vista que se partirá de uma visão geral sobre a Ciência e sua evolução, perpassando pelos direitos fundamentais em conflito a partir disso, até se chegar ao caso concreto analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o método de procedimento será o estudo de caso, haja vista que serão analisados os fundamentos à luz da Ontopsicologia de decisão hospedada no sítio do Pretório Excelso, com destaque para o voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski. A justificativa por tal voto se deve pelos fundamentos levantados, além de ser um dos votos divergentes sobre a matéria, decidindo pela parcial procedência do pedido.

A pesquisa se filia à linha de pesquisa de Política, Direito, Ontologia e Sociedade da Antonio Meneghetti Faculdade, tendo em vista que estuda o Direito em consonância com o critério ético humano, como condução da sociedade em direção ao seu desenvolvimento, integrando os resultados parciais dos trabalhos desenvolvidos no Laboratório de Direito e Ontopsicologia, o qual os autores integram, que objetiva estudar as contribuições dessa ciência para a Ciência Jurídica. Trata-se de experiência pedagógica pioneira, na qual se coloca o Direito em diálogo com a Ontopsicologia a partir de *hard cases* escolhidos, o que inaugura uma metodologia bastante interessante para o curso jurídico envolvido, pois professores e estudantes dos dois cursos trabalham em conjunto durante todo o módulo, executado ao longo de todo o semestre, no qual se discute o caso em suas múltiplas dimensões.

Ao lado de referenciais teóricos reconhecidos na área jurídica, o trabalho norteia-se para estudar a Ontopsicologia, principalmente pelos estudos legados por Antonio Meneghetti e Alécio Vidor.

Para o desenvolvimento da pesquisa, estruturou-se o artigo em três partes. Na primeira, será realizado um estudo acerca da Ciência e sua evolução ao longo da história até chegar à Ciência Ontopsicológica. Após, será estudada a temática dos direitos fundamentais e suas dimensões no âmbito da evolução constitucional até se chegar, no Brasil, nas disposições da



denominada Lei de Biossegurança e o conflito suscitado junto ao Supremo Tribunal Federal. Ao final, serão analisados os fundamentos da ADI 3.510/08 à luz da Ciência Ontopsicológica, com especial ênfase ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que foi divergente do voto do relator Carlos Ayres Britto, decidindo pela parcial procedência da demanda.

## **1 UM BREVE PERCURSO SOBRE A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA: DOS SEUS FUNDAMENTOS ATÉ A CRISE E O SURGIMENTO DA ONTOPSICOLOGIA.**

Antes de se adentrar no mérito da questão julgada pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja a suscitada inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, notadamente a pesquisa com células-tronco embrionárias, importa realizar um percurso sobre a evolução científica mundial, perpassando sobre os seus fundamentos, resultados, problemáticas e crise, até se chegar às premissas da Ciência Ontopsicológica, que se coloca no panorama científico como interdisciplinar e complementar às demais ciências. De forma alguma se pretende levar a temática à exaustão, mas, sim, fornecer elementos mínimos para a análise do caso concreto, dada a amplitude do tema em investigação.

A história da ciência<sup>9</sup> se confunde com a evolução do homem e do pensamento filosófico da humanidade. Desde Heráclito, passando-se por Parmênides e Protágoras, os denominados filósofos pré-socráticos, o homem se questiona e se depara com as questões acerca da problematização do conhecimento e o que se formalizaria como ciência. Uma das grandes contribuições para o pensamento humano foi o legado de Sócrates que, apesar disso, nada deixou escrito. Por meio de seu método maiêutico, o filósofo “fazia emergir a verdade do profundo do próprio interlocutor” (MENEGETTI, 2010, p. 79). Nesse sentido, “no fundo, para Sócrates, só ‘quem sabe não saber’ coloca-se na exata atitude de pesquisa, enquanto quem acredita já saber a verdade nada faz verdadeiramente para busca-la” (MENEGETTI, 2010, p. 79). Carotenuto observa que, para Sócrates, “superando as opiniões e os preconceitos, os homens podem construir um terreno comum de diálogo, no qual o confronto ocorra não por

---

<sup>9</sup> Considerando o referencial teórico da pesquisa, utilizar-se-á como conceito de ciência aquele proposto por Meneghetti, para quem ciência é “saber a ação por como o ser ou a natureza a põe e a gere” (MENEGETTI, 2012, p. 49).



meio da persuasão retórica ou pelas interferências dos afetos, mas por meio da razão” (CAROTENUTO, 2009, p. 19).

Para Platão, há a circunscrição dos limites da alma humana, além da separação entre ciência e opinião, havendo a necessidade de se colher o conhecimento real (MENEGHETTI, 2010, p. 80). O filósofo refere que a “episteme é o esforço máximo conduzido para chegar à beira da verdade utilizando as possibilidades humanas” (MENEGHETTI, 2010, p. 81), entendida aqui episteme como “semente do conhecimento” (MENEGHETTI, 2012, p. 94).

O pensamento grego sobre ciência e conhecimento também é fartamente legado pelos ensinamentos de Aristóteles, que vai além do dualismo do filósofo Platão, assentando as premissas da lógica. Como assevera Meneghetti (2010, p. 81)

Aluno de Platão, Aristóteles é famoso como médico, como filósofo, como matemático, como político, como primeiro estudioso de psicologia. Para nós, contemporâneos, Aristóteles representa o fundamento científico da lógica racional. Ele se pergunta como a mente funciona, como o homem mede e o que observa. Pergunta-se quem gere os cinco sentidos. Aristóteles não se interessa apenas em compreender como é a natureza, mas sim compreender quem a conhece.

Além disso, Aristóteles formaliza a lógica. Diga-se que “Aristóteles não inventa o silogismo, mas observa o mecanismo racional com o qual a mente funciona” (MENEGHETTI, 2010, p. 82). Nesse sentido, é que é possível afirmar o grande contributo dos pensadores gregos à ciência e ao homem. O breve panorama da história grega demonstra que muito daquilo que ainda hoje se conhece como ciência é fruto da sua filosofia e de seus fundamentos. Séculos após, passa-se ao conhecido embate entre fé e ciência, chegando-se ao século XVI, onde se fala em Revolução Científica, notadamente nas pessoas de Copérnico e Galileu.

Nesse sentido, como apontado na decisão em análise, a crença absoluta de que o bom progresso da humanidade está conectado com o progresso da ciência é herança do pensamento Iluminista (BRASIL, 2008, p. 381), principalmente a partir do século XVIII, com pensadores como Voltaire, Diderot, Rousseau, entre outros. Aliás, necessário contributo deram os pensadores iluministas para a humanidade, com a escrita das suas Enciclopédias, formalizando e catalogando a ciência e permitindo seu acesso universal. Contudo, o forte apego ao método para se dizer o que é ou não ciência é característico da época. Como observa Meneghetti (2010, p. 87):

Isto porque o método introduziu um divisor de águas: o que segue o método é ciência, o que não segue o método não é ciência; por isso, um fenômeno que não é replicável com o método experimental, não é considerado científico e é relegado à superstição, à paranormalidade etc. A psique, a alma é colocada neste segundo campo.

Esse cenário se reforça no século XIX, com o surgimento do naturalismo, evolucionismo e positivismo (BRASIL, 2008, p. 381), erigindo-se a “legitimação do rigor metodológico” (MENEGHETTI, 2010, p. 87). O Positivismo, inaugurado pelo pensador francês Auguste Comte “reconhece o valor central das ciências e define cânones universais do método científico” (MENEGHETTI, 2010, p. 87), exigindo-se que exista um modelo, objeto, método e um fim. Esse modo de pensar e fazer ciência trouxe às ciências humanas um verdadeiro método científico característico das ciências da natureza, relegando o aspecto humano e subjetivo do cientista a outro patamar não científico.

Dentre as pretensões da Escola Positivista, Carotenuto destaca a de “distinguir as afirmações que o homem faz sobre o mundo entre *científicas* e *não-científicas*” (CAROTENUTO, 2009, p. 132) [grifo do autor]. Veja-se que na análise de uma pessoa ou fato humano implica analisar que o pesquisador se encontra no seio da humanidade, que são ignorados pelo método proposto pela corrente (MENEGHETTI, 2010, p. 89). Entretanto, é inegável o seu contributo – do Positivismo - à ciência, tendo em vista que “os instrumentos de pesquisa são reinados e as invenções sucedem-se incessantemente: são aperfeiçoados os microscópios que consentem analisar também o vasto microcosmo, inventa-se o motor a combustão, o cinematógrafo, o telégrafo, o telefone, o aeroplano” (MENEGHETTI, 2010, p. 89).

Esse modo de pensar e fazer ciência prossegue até o fim do século XIX, quando se inicia uma nova onda científica que vai até o primeiro pós-guerra. Então, “neste momento é considerado verdadeiro e científico não mais o que é sufragado pelo dado da experiência verificada, mas o que é considerado tal pela comunidade científica” (MENEGHETTI, 2010, p. 95).

Chega-se, então, ao século XX, onde “uma *malaise* generalizada, uma sensação de mal-estar vago e indefinido, um sentimento de *fin d’une époque*, começa a tomar conta do mundo, refletindo, em grande medida, o desencanto das pessoas com a civilização centrada na tecnologia” (BRASIL, 2008, p. 381), sendo esta tecnologia oriunda do progresso científico até então realizado. E nesse contexto exsurge a figura do filósofo Edmund Husserl e sua crítica ao modo como se fazia ciência.

Como bem pondera Carotenuto, “Husserl propõe-se a dar uma solução para a crise epistemológica e cultural que caracteriza a civilização europeia entre os séculos XIX e XX e para a perda de sentido que dela se segue” (CAROTENUTO, 2009, p. 237). Para Husserl, “a

crise de uma ciência não diz nada menos que o seguinte: a sua cientificidade genuína, todo o modo como ela definiu a sua tarefa, e, para isso, formou a sua metodologia, se tornou questionável” (HUSSERL, 2012, p. 01).

Nesse sentido, “para construir essa nova ciência, rigorosa e ao mesmo tempo ancorada na realidade humana vivente, é preciso fundar o processo do conhecimento na consciência” (CAROTENUTO, 2009, p. 238), situação para os quais os questionamentos suscitados por Husserl dão ensejo a um novo paradigma<sup>10</sup> de ciência. Veja-se que “para além de todo preconceito, o filósofo quer conhecer as coisas assim como se apresentam de modo originário à consciência” (CAROTENUTO, 2009, p. 239).

Lado a lado a toda essa evolução filosófica e social da ciência, encontra-se também a evolução das Ciências Médicas. Igualmente à filosofia, a Medicina tem início com a preocupação dos gregos Heródoto e Hipócrates. Contudo, “Hipócrates critica a medicina ‘filosófica’ e afirma a autonomia da arte médica em relação à filosofia. Na verdade, a medicina e a filosofia são as primeiras disciplinas a se libertarem da religião. A seguir, a medicina e a matemática tornam-se, por sua vez, independentes da filosofia” (GUSMÃO, 2004, p. 06).

De lá para cá, houve mais que efetivo avanço na Medicina, ampliando-se a tecnologia, meios de diagnósticos, formas de intervenção, etc. O objetivo do presente trabalho não é realizar um profundo panorama sobre a história da medicina, mas de demonstrar que ela sempre andou lado a lado de toda a evolução científica mundial nos demais campos, posto que “as teorias médicas representam um aspecto da civilização de determinado período, e para compreendê-las é necessário conhecer as outras manifestações desta civilização, como filosofia, literatura, arte e música” (GUSMÃO, 2004, p. 08).

Veja-se como exemplo que, no fim do século XIX,

Os problemas médicos passam a ser vistos de forma dinâmica e como resultado das idéias [sic] e instituições geradas pela estrutura material e cultural de dado período. Assim, as teorias médicas que norteiam a prática profissional são vistas como aspecto do conhecimento geral de determinado período, como produtos da influência da concepção filosófica predominante (GUSMÃO, 2004, p. 07).

Não se pode olvidar também o uso incorreto e perigoso a que a ciência, de um modo geral, foi instrumentalizada ao longo da história, especialmente a partir de um viés de homem contra homem, atuando como fortalecedor e reforço de opiniões e autoritarismos, do que como

<sup>10</sup> Conforme lição de Vidor, o paradigma é “um modelo que sustenta e elabora o trabalho científico” (VIDOR, 2017, p. 06).

um modo de dignidade humana. Conforme lembra o Ministro Lewandowski em seu voto “basta lembrar as atrocidades cometidas nas duas Guerras Mundiais, o efeito estufa motivado pela queima de combustíveis fósseis, a contaminação do solo, dos rios e dos oceanos fruto da industrialização desenfreada [...]” (BRASIL, 2008, p. 383).

O perigo também se agrava, sobretudo, quando se fala na ciência como instrumento de ideologia ou mesmo ela imbricada na ideologia, compreendida como “fenômeno em que as ideias e representações elaboradas pelos homens, a partir de suas circunstâncias, são tidas como o próprio real” (BRASIL, 2008, p. 383). Daí a crítica de que “a ciência, sendo um produto do homem, deveria prestar um serviço à dignidade humana” (VIDOR, 2014, p. 114), demonstrando ser necessária a refundação de suas bases em prol do homem e de sua autenticidade.

A partir dos questionamentos científicos trazidos desde Husserl é que se funda a Ontopsicologia, que “nasce de uma tomada de consciência sobre o estado de confusão de toda a pesquisa feita por milênios na história humana” (MENEGETTI, 2010, p. 115), surgindo como ciência interdisciplinar e da necessidade de se refundar o paradigma científico. O problema das atuais ciências, segundo Meneghetti, é que elas “nos dá regras que são formais exatos, mas não coincidentes com o mover-se da natureza ou do ser [...]. Nenhuma ciência parte da evidência: essa é a sua crise” (MENEGETTI, 2010, p. 111). Veja-se que, “antes de tudo, é indispensável dar consistência à origem do conhecimento científico. O homem só é base de origem enquanto é conforme a ordem da própria natureza” (VIDOR, 2018, p. 71).

E nesse sentido a Ontopsicologia tem por objeto “a atividade psíquica inerente à fenomenologia humana, ou seja, estuda a experiência psicológica humana, individua as causas que a constituem e os elementos que podem resolvê-la” (MENEGETTI, 2010, p. 131). Por meio de suas três descobertas, tem o fim de “reportar a lógica do Eu à lógica do Em Si ôntico para consentir a realização” (MENEGETTI, 2010, p. 134). Essas três descobertas são o campo semântico, monitor de deflexão e o Em Si ôntico.

O campo semântico é “a comunicação-base que a natureza usa entre as suas individuações. É um transdutor informático sem deslocamento de energia. Permite conhecer em primeira atualidade a dinâmica que uma realidade está operando” (MENEGETTI, 2010, p. 135). É ele quem “dá as passagens que informar a dinâmica ativa entre dois ou mais pontos em relação e possibilita o encontro com o princípio unitário que faz continuidade sujeito-objeto” (VIDOR, 2014, p. 67). O Em Si ôntico “é a radicalidade da atividade psíquica, o projeto



de natureza que constitui o ser humano” (MENEGHETTI, 2010, p. 135). Por sua vez, o monitor de deflexão é “o mecanismo que distorce e interfere na exatidão dos processos cognoscitivos e voluntários do ser humano, determinando a fenomenologia regressiva conhecida pelo homem como doença, dor, angústia, falência sócio-econômica, etc” (MENEGHETTI, 2010, p. 136).

Logo, no plano científico, a Ciência Ontopsicológica “é uma resposta prático-intelectiva para agir em modo racional a intervenção segundo a normativa das interações sócio-naturísticas da vida, quando dá preferência ao homem indivíduo e global” (MENEGHETTI, 2013, p. 73). Nesse sentido, abstraem-se as opiniões e as ideologias para se consentir a uma resposta real e verdadeira sobre determinado objeto, partindo-se da exatidão do sujeito pesquisador e do elemento humano como central do desenvolvimento científico.

Quando se fala de ciências biológicas, com a ênfase na pesquisa com células-tronco embrionárias, a questão pode ser vista sob o aspecto da filosofia moral, das implicações nas ciências sociais (dentre elas, o próprio Direito), das ciências médicas e também pela Ontopsicologia. Contudo, há um aspecto central em meio a tudo isso, que é o elemento humano. Diante disso, impõe-se uma análise das questões envolvendo o julgamento da ADI em apreço a partir de um viés científico que toma o homem como seu centro. Nesse sentido, importa, antes de adentrar nos fundamentos da decisão e seu contraste com o viés jurídico e ontopsicológico.

## **2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A QUARTA DIMENSÃO E A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.**

Realizado o percurso histórico da ciência e demonstrada uma nova possibilidade científica de análise em um campo interdisciplinar, inclusive no Direito, importa agora adentrar nas questões referentes aos direitos fundamentais no caso concreto, as suas dimensões, perpassando sobre uma análise da legislação atacada.

Quando se fala de direitos fundamentais, um ponto fulcral é a didática proporcionada pela doutrina das dimensões de direitos fundamentais<sup>11</sup>. Neste contexto, a fim de compreender

---

<sup>11</sup> Importante destacar que a conceituação sobre a história dos direitos fundamentais é ponto de grande debate na doutrina, havendo grandes discussões sobre se está a se tratar de gerações de direitos fundamentais ou de dimensões de direitos fundamentais. Nesse sentido, a fim de conferir a ideia de complementaridade da evolução, o presente trabalho se filia à corrente de utilização do termo dimensões de direitos fundamentais.



melhor os entornos das questões que envolvem é necessária uma breve contextualização histórica até a chegada desta dimensão.

Neste caminhar, as primeiras postulações na busca da garantia de direitos mínimos ao homem, como meio de proteção e limitação da opressão estatal, advieram nos séculos XVIII e XIX. Este ponto inicial acerca dos direitos fundamentais decorreu de diversos movimentos que ocorreram ao redor do mundo, a exemplo da *bill of right*, da revolução norte-americana, tendo seu momento de consagração com a Revolução Francesa do século XVII, em que se buscou a garantia de direitos básicos, sendo eles a Igualdade, Liberdade e Fraternidade (VIEIRA JUNIOR, 2015, p.78). Esses movimentos, sobretudo a Revolução Francesa, deu origem a denominada primeira dimensão de direitos fundamentais, caracterizados por serem direitos individuais em face do Estado, relacionados à liberdade e à igualdade formal, sendo “apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, 2010, p. 47).

Com o passar do tempo, sobrevieram novas conquistas, dando origem a segunda dimensão dos direitos fundamentais, nos séculos XIX e XX. Essa dimensão é demarcada principalmente com a noção de igualdade, agora em sentido material, englobando os direitos sociais, econômicos e culturais, vinculados a ideia do Estado do Bem-Estar Social, como forma de reconhecimento de direitos com caráter coletivo (RODRIGUES, 2013, p. 65-66). Conforme leciona Sarlet (2010, p. 47), “a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual [...] e sim de liberdade por intermédio do Estado”.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais por sua vez, surge no segundo pós-guerra. Nesta dimensão, tem-se como objetivo principal a concretização do terceiro elemento postulado na Revolução Francesa, qual seja a fraternidade, na sua perspectiva de garantia da paz, das relações transindividuais e proteção do meio ambiente (RODRIGUES, 2013, p. 67). Tratam-se, portanto, dos chamados direitos transindividuais, relacionados à coletividade e o meio em que se encontra. Na lição de Sarlet (2010, p. 48), “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

Diante da evolução histórica das demais dimensões, parcela da doutrina fundamenta a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais. Gize-se aqui a crítica de alguns

autores acerca da impossibilidade de se falar em uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais, dentre eles Ingo Sarlet, que refere que todas essas demandas novas de direitos giram em torno da proteção das dimensões anteriores, qual seja a liberdade, igualdade e fraternidade (SARLET, 2010, p. 50). Contudo, parcela da doutrina entende ser possível mencionar a existência da quarta dimensão, que trata sobre as questões relativas à globalização, bioética, biotecnologia e engenharia genética. Neste sentido, leciona Clovis Goerchezski (2009, p. 139) que “são aqueles direitos que se referem à biotecnologia, à bioética e à engenharia genética e que tratam das questões ético jurídicas relativas ao início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim da vida humana”.

Como exemplos em relação à quarta dimensão dos direitos fundamentais é possível apontar as discussões atinentes às pesquisas com células-tronco embrionárias, utilização de embriões para realização de reprodução assistida, modificações genéticas em animais e ou plantas com fito de modificação e aprimoramento genético. Apesar das discussões doutrinárias, é inegável afirmar que despontam no ordenamento jurídico, a partir dos preceitos constitucionais e da crescente legislação infraconstitucional, novos direitos relacionados a essa dimensão. Dentro desse contexto se inserem as legislações referentes a essas temáticas, como no caso brasileiro com a Lei de Biossegurança e suas implicações científico-jurídicas. Nesse sentido, observa-se que o pedido formulado na ação em estudo tinha como objetivo declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança e estabelece normas de segurança e mecanismos sobre organismos geneticamente modificados (BRASIL, 2005), matéria relacionada a temática abordada.

Em um de seus primeiros artigos, a lei conceitua células-tronco embrionárias como “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo” (BRASIL, 2005), sendo que para fins de pesquisa existem duas formas de obter em laboratório células-tronco, sendo elas células-tronco embrionárias (CTE) e adultas (CTA). As células-tronco embrionárias são obtidas através do uso de embriões e são capazes de originar todos os 216 tipos de células do corpo humano, enquanto que a segunda é mais fácil de ser coletada, sendo encontrada, por exemplo, na medula óssea e o sangue de cordão umbilical, mas, diferente da primeira, não possui potencial de formar todos os tecidos do corpo (ZUCCONI, 2016). Nesse sentido, outro importante ponto a se destacar é que

Devido a sua grande plasticidade, as CTE têm sido vistas como a melhor fonte de células reconstituidoras de qualquer tecido do corpo humano. As CTE têm sido usadas na reconstituição de tecido cardíaco em pacientes que sofreram infarto do miocárdio.



Estudos experimentais têm sido realizados em modelos animais usando-se as células-tronco para doenças neurológicas, como doenças de Parkinson ou Alzheimer. [...] Pesquisas com as CTE, ainda, têm sido vistas por muitos pesquisadores como a mais importante ferramenta na recuperação de pacientes que sofreram lesão na medula espinhal e hoje vivem em cadeiras de rodas. O uso clínico das células-tronco embrionárias apresenta-se como a principal esperança da ciência no tratamento de diversas doenças neuromusculares degenerativas e de inúmeras outras doenças sem cura até o presente momento (PRANKE, 2004, p. 33-34).

Percebe-se que a primeira parte do artigo atacado autoriza, para fins científicos e de tratamento médico, a utilização de células-tronco embrionárias produzidas através de fertilização *in vitro*. A título de argumentação, o Ministro Ayres Britto (2008, p. 155) explica que essa forma de fertilização acontece a partir da retirada de embriões do corpo da mulher, que são submetidos à fecundação pelos espermatozoides masculinos, ou seja, esse processo não ocorre de forma espontânea.

A partir do material genético não utilizado, o legislador impõe algumas condições para utilização dos embriões, dentre elas que os embriões sejam considerados inviáveis, congelados há três anos ou mais, devendo ainda ter o consentimento dos genitores (BRASIL, 2005). Frisase que a inviabilidade do embrião está relacionada a inviabilidade da obtenção de gestação viável a partir daquele embrião, que através de diagnóstico médico comprova alterações de inviabilidade evolutiva (DONADIO, et al, 2005, p. 666). Além disso, outra condição para a utilização das células-tronco dos embriões é que as instituições de pesquisa e serviços de saúde deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, sendo vedada a comercialização do material biológico, sob pena de incorrer na prática de crime (BRASIL, 2005).

Como se pode observar, as relações entre os direitos fundamentais e o avanço das ciências, com especial enfoque nas pesquisas embrionárias, biotecnologia, etc, não escapa às legislações e às previsões constitucionais, Apesar da forte discussão sobre a existência ou não da nominada quarta dimensão, é inegável afirmar que os debates sobre os direitos fundamentais e o crescimento da pesquisa científica no meio em análise vão no sentido do avanço para uma quarta dimensão. Sobretudo quando se fala de ciência, envolvendo seres humanos e relacionados ao avanço científico da humanidade, a questão deve ser pautada por uma lógica interdisciplinar.

Dessa maneira, tem-se que a análise da questão deve ser pautada e detida nesses fundamentos e nas possíveis respostas oriundas de uma evolução científica pautada na dignidade humana e nos direitos de quarta dimensão (que, diga-se, não excluem os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão), fundamento utilizado pelo Ministro Lewandowski em



seu voto. Importa agora analisar detidamente os aspectos do voto proferido e verificar sua consonância com a Ontopsicologia.

### **3 PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E O DEBATE NA ADI 3.510/08: UMA RESPOSTA DA CIÊNCIA ONTOPSICOLÓGICA A PARTIR DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/2008, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, ataca o artigo 5º, da Lei 11.105/2005, que dispõe sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, produzidas por fertilização *in vitro*, sob a alegação de sua inconstitucionalidade, dado que feriria o direito à vida. O dispositivo legal possui o seguinte teor:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005).

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, votou pela improcedência da ação por diversos fundamentos, restando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que divergiram, em diferentes extensões, do voto do relator Carlos Ayres Britto. Dada a escolha temática, analisar-se-ão os fundamentos do voto do Ministro Lewandowski em contraponto com as teses ontopsicológicas.

O posicionamento adotado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na parte dispositiva de seu voto, é pelo julgamento da procedência em parte, sem redução de texto, para conferir a seguinte interpretação aos dispositivos:

- i) art. 5º, caput : as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;
- ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
- iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;



iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado;  
v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005. (BRASIL, 2008, p. 447-448) [grifo do autor].

O voto está estruturado em quatorze pontos nos quais busca conferir fundamentação ao seu posicionamento diante do caso concreto. Dentre eles, traz um breve histórico sobre as ciências e sobre a quarta dimensão de direitos fundamentais, que já foram abordados no presente artigo.

O Ministro afirma em seu voto que o novo milênio trouxe consigo promessas de avanço no campo científico, como a descoberta de células-tronco embrionárias com potencial de reproduzir todas as células e tecidos do corpo humano, sendo elas obtidas através do procedimento de fertilização em *in vitro*, instrumento utilizado por muitos casais para superar a questão da infertilidade. O potencial da descoberta seria ainda maior do que a das células-tronco somáticas, também conhecidas como células-tronco adultas, pois essa última possui limitações, produzindo apenas determinados tipos de tecidos (BRASIL, 2008, p. 377). Para fins de procedimento médicos, antes de o embrião ser implantado no útero, passa por uma forma de inspeção, que tem como objetivo a avaliação de chances de sobrevivência no interior do útero. No entanto, alerta o ministro, que tal matéria tem sido alvo de discussões, isso porque a obtenção das células-tronco embrionárias exigiria a destruição do organismo (BRASIL, 2008, p. 380).

A seguir, é realizado um breve panorama sobre a questão da bioética e dos direitos humanos na seara internacional. Nesse contexto, a comunidade internacional entendeu por estabelecer critérios éticos e jurídicos no campo da genética e biotecnologia, que ocorreu através da realização de diversas conferências e promulgação de declarações ocorridas em várias partes do mundo. Tais eventos tinham como preocupação examinar as consequências éticas das atividades científicas, em especial no campo de direitos fundamentais da pessoa humana, direitos humanos e liberdades fundamentais. Dentro dessa questão que se debate o caso concreto, eis que a alegação primordial envolvida é sobre a questão da vida de um embrião.

Segundo o Ministro, existem muitas posições que podem ser assumidas quando se refere ao início da vida humana, cada qual variando a partir das convicções sobre aqueles que dialogam sobre o tema, no entanto, entende que o foro não seria o local adequado para essas discussões (BRASIL, 2008, p. 396). No plano jurídico-positivo, adota-se a teoria que o início da vida começa a partir da concepção, positivada pelo então Pacto de San José da Costa Rica.

Conforme Lewandowski (2008, p. 401), “para efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in útero*, quer *in vitro*” [grifo do autor], sendo que esse conceito não pode ser abalado pelo que está previsto no Código Civil de 2002, que prevê proteção apenas para o nascituro, ou seja, para aquele que já está dentro do útero materno.

Veja-se que o Código Civil brasileiro, pelo seu artigo 2º, refere que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (BRASIL, 2002), proclamando a teoria natalista, ou seja, que a vida começa no parto com vida. Entretanto, a segunda parte dispõe que “a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002), proclamando a teoria concepcionista, ou seja, de que a vida se inicia no momento da concepção.

Além disso, a discussão não se limita ao fato dos embriões merecerem ou não serem tratados de forma digna, se possuem ou não direitos na fase pré-implantacional, ou se são ou não dotados de vida antes da introdução em um útero, mas sim no direito à vida como bem coletivo, tendo em vista o risco de manipulação do código genético humano (BRASIL, 2008, p. 404).

O Ministro também faz uma análise sobre o princípio da precaução que tem como elementos

i) a precaução diante das incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado (BRASIL, 2008, p. 406).

Os avanços científicos trazem consigo riscos e consequências consideradas imprevisíveis, tendo a lei papel não de exigir total abstenção de eventual risco, mas sim de buscar soluções que busquem pelo agir com segurança. Essa questão também é apontada por Meneghetti, pois, quando não há uma manifestação de modo indiscutível em relação a um dever ou uma proibição não poderá haver a formalização de uma lei, pois a incerteza gera a discricção da sociedade, quando que na ciência e no direito tudo deverá ser regulado pela racionalidade dos fatos (MENEGETTI, 2013, p. 171-172). Veja-se, em contraponto, que Meneghetti (2013, p. 171) afirma que “a ciência deve ter um profundíssimo respeito pela intencionalidade de natureza, uma vez que as leis jamais poderão aceitar as exigências de qualquer política.” Assim sendo, não se pode olvidar de restringir algo simplesmente por questões políticas, pelo contrário, deve se haver um equilíbrio de decisões levando-se em consideração a existência racional dos fatos.

O Ministro também traz uma reflexão sobre a dignidade da pessoa humana, isso porque essa é a “própria matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à vida”, com valor que “transcende a pessoa compreendida como ente individual” (BRASIL, 2008, p. 410). Define o magistrado que a dignidade da pessoa humana é “um postulado normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado [...] não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo” (BRASIL, 2008, p. 414). O julgamento da ADI não se restringe apenas aos embriões *in vitro* ou das células-tronco embrionárias, mas sim às pesquisas genéticas e a todos os protagonistas desse evento, tendo como parâmetro a dignidade humana.

Nesse ponto, necessária maior reflexão a partir do que diz a Ontopsicologia sobre a dignidade humana. Para além do ser humano ser um dos fundamentos da ciência, bem como a dignidade um dos valores centrais do humanismo histórico-civil (MENEGHETTI, 2014, p. 56), é ela o ponto para trazer um fundamento de ressignificação para tudo aquilo que gerou guerras a destruição do ser humano (VIDOR, 2017, p. 11) e gerar uma ciência adequada e conforme com os preceitos Humanistas. E, nesse caso, tratando-se de pesquisa com células-tronco, envolvendo a bioética, “se há um bom fim e se verdadeiramente existe utilidade para o ser humano, está bem” (MENEGHETTI, 2009, p. 2).

Lewandowski também faz uma diferenciação sobre pessoas e coisas, sendo a primeira pertencente ao grupo que possui personalidade jurídica e sujeitas de direito, enquanto os animais seriam considerados do segundo grupo, considerados como objeto de direito, o que garantiria às pessoas uma maior proteção. Embora o embrião não seja considerado sujeito de direitos, com base nesse raciocínio, ainda assim é considerado digno de proteção. Isso porque, o bem jurídico vida deve ser protegido a partir do momento em que ela exista, não sendo necessário que seja na forma da pessoa humana.

O Ministro também faz crítica ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, pois entende que não há limites à produção e manipulação de embriões, como, por exemplo, não veda a geração de embriões exclusivamente para fins de pesquisa, não estabelece um número máximo de produção, nem mesmo restrição de tempo para manipulação do material. Com isso, expressa sua preocupação para uma possível mercadificação do material genético para fins de pesquisa. Tal manifestação tem como base legislações estrangeiras, que possuem como finalidade a vedação de embriões excedentes com finalidade exclusiva para a pesquisa. Sendo assim, entende o Ministro que “o art. 5º, caput, da Lei de Biossegurança precisa ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida” (BRASIL, 2008, p. 429).



Logo, infere-se pelo seu voto que o magistrado não concorda com a disposição prevista pela lei, fazendo-se necessária a sua adequação, eis que, pelo seu raciocínio, não seria ela adequada à dignidade da pessoa.

Outro ponto de preocupação no voto do Ministro é o conceito de inviabilidade dos embriões apontado no texto legal, isso porque a lei brasileira não definiu seu significado, diferente do que aconteceu em outras legislações internacionais. Segundo ele, a definição do conceito de inviabilidade dá margem para que seja realizado de certa forma um controle de qualidade dos embriões (BRASIL, 2008, p. 430). Dessa forma, observa-se que

Essa técnica permite que sejam descartados, isto é, deixem de ser implantados no útero receptor e tenham outro destino, não apenas os embriões considerados anormais ou defeituosos, mas também aqueles tidos como indesejáveis por razões de preferência, de caráter absolutamente subjetivo, seja da equipe médica, seja dos genitores (BRASIL, 2008, p. 433).

Também verifica-se no voto o elenco de outros pontos para a conservação dos embriões criopreservados, como, por exemplo, a preservação dos embriões por tempo indeterminado. Isso porque, segundo o Ministro, apesar de terem se passado mais de três anos do congelamento, já foi possível a implantação do embrião no útero, com resultado de uma criança saudável, além disso também seria possível que doação do embrião para mulheres inférteis pudessem implanta-los no útero.

O Ministro também elencou que seria necessário não apenas o simples consentimento dos genitores, mas que esses fossem cientificados com precisão e lealdade sobre o procedimento que esses serão destinados através da pesquisa, com a possibilidade de doação para casais inférteis, através de um ato formal. Outro ponto, é que o Ministro entendeu que não seria conveniente, tão pouco jurídico “permitir que projetos de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias humanas sejam exclusivamente aprovadas pelos comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsável por sua realização” (BRASIL, 2008, p. 444). Através de comparações com a legislação internacional não seria “razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios designios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade” (BRASIL, 2008, p. 446-447).

Realizado um breve panorama sobre o voto, percebe-se, então, que a grande questão trazida no voto diz respeito ao início da vida e a possibilidade de destinação do embrião para pesquisa, fim diverso daquele que inicialmente almejado, qual seja a reprodução humana. Além disso, observa-se uma questão de consentimento dos pretensos genitores do embrião para que



a pesquisa fosse viabilizada. Esse debate, como já dito, não pertence somente para a área jurídica, mas também contempla a medicina, bioética, ciências sociais, humanas e os demais setores da sociedade. A Bioética, conforme Meneghetti (2009, p. 171), “é conformidade à integridade de natureza”.

Para a Ontopsicologia a questão transcende os argumentos trazidos pelo voto, ingressando no ponto sobre a existência ou não de um Em Si ôntico no embrião, a possibilidade de existir alma, o avanço científico em favor do humano, até mesmo a conformidade do Direito em favor do humano. Meneghetti afirma que “o direito é sadio se produz conformidade a um bem natural, da vida, portanto, da ótica e do critério do Em Si ôntico: substancialmente, se é *conforme a identidade de natureza do sujeito ou do objeto*” (MENEGHETTI, 2019, p. 80) [grifo do autor]. Como já visto, é o Em Si ôntico o projeto de natureza humano, a identidade de natureza do homem, que também pode significar a alma do sujeito.

Nesse sentido, assevera Meneghetti que “a célula-feto é uma colônia, tem somente uma intenção à autonomia [...] Não se deve trocar a autonomia eficiente com a possível. O possível não pode fazer história contra o concreto, não pode ser lei para o real. Seria uma contradição de vida, não apenas de conceito” (MENEGHETTI, 2019, p. 26). Logo, para o referencial teórico adotado, apenas se pode “falar de alma ou pessoa somente depois da divisão e distinção do novo organismo destacado do organismo matriz, externo e estranho a ele” (MENEGHETTI, 2019, p. 29).

Dessa forma, quando o Ministro em seu voto confere uma interpretação à norma, especialmente quando refere acerca da inviabilidade do embrião como uma condição para a pesquisa, há o necessário contraponto da Ontopsicologia nessa situação, pois, para ela, somente há a possibilidade de vida (ou seja, um Em Si ôntico – alma) assim que houver o surgimento, de fato, do sujeito, uma vez que o embrião ou feto somente possui uma intenção à autonomia de ser vivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de investigar a adequação do voto prolatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/2008, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, que ataca o artigo 5º, da Lei 11.105/2005, que dispõe sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, produzidas por fertilização *in vitro*,



sob a alegação de sua inconstitucionalidade, dado que feriria o direito à vida, buscando realizar sua análise a partir do viés da Ciência Ontopsicológica.

Nesse sentido, para se responder ao questionamento proposto, a pesquisa foi estruturada em três partes distintas, mas complementares entre si. No primeiro tópico, observou-se que a ciência teve constantes evoluções ao longo da história, tendo sempre acompanhado a evolução do pensamento filosófico de cada época. Nesse contexto, também se verificou que a Ontopsicologia é interessante referencial teórico interdisciplinar para estudo da temática. Em um segundo momento, constatou-se que os direitos fundamentais também passaram por constantes evoluções, surgindo as dimensões de direitos fundamentais. Disso, extrai-se o surgimento da quarta dimensão de direitos fundamentais, que se origina a partir da evolução científica relacionada à biotecnologia e a bioética, por exemplo, ligados à temática controvertida no Supremo Tribunal Federal.

A partir desses fundamentos, é possível concluir que, para uma ciência humanista, como é a Ontopsicologia, é possível desenvolver pesquisas com células-tronco embrionárias de forma a conferir dignidade para as pessoas. Nesse sentido, para a Ontopsicologia, o embrião não é dotado de plena autonomia pelo critério do Em Si ôntico, apenas possuindo uma intenção a ela. Dessa maneira, tem-se que ela transcende os argumentos expostos no voto do Ministro Lewandowski, eis que condiciona a possibilidade do desenvolvimento do feto para a existência de alma do sujeito (identificável pelo critério adotado), bem como favorece o desenvolvimento da ciência para os fins humanos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Lei 10.406] **Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 09 out. 2020

BRASIL. [Lei 11.105]. **Lei de Biossegurança**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucional 3.510**. Embriões Crioconservados e a pesquisa com células troncos embrionárias. Constitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 29 de março de 2008. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, Ementário nº 2403-1. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 09 out. 2020.

CAROTENUTO, Margherita. **Histórico sobre as teorias do conhecimento**. São João do Polêsine, RS: Ontopsicologia Editrice 2009.

DONADIO, Nilka Fernandes et al . Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. **Rev. Bras. Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro , v. 27, n. 11, p. 665-671, Nov. 2005 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-72032005001100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032005001100006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 out. 2020.

GOERCZEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos Educação e Cidadania: conhecer educar e praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GUSMAO, Sebastião. História da Medicina: evolução e importância. **Jornal Brasileiro de Neurocirurgia**. Órgão Oficial da Academia Brasileira de Neurocirurgia. Volume 15, Número 1, 2004. Disponível em: <https://jbnc.emnuvens.com.br/jbnc/article/download/467/401/> . Acesso em: 08 out. 2020.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

MENEGHETTI, Antonio. **Aborto, Eutanásia, Testamento biológico: qual bioética?** *In Nuova Ontopsicologia* n.2-2008/1-2009. Roma: Psicologia Editrice, 2009, p. 2-3.

MENEGHETTI, Antonio. **Dicionário de Ontopsicologia**. 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2012.

MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência e Sociedade**. 2. ed. Recanto Maestro, São João do Polêsine: Ontopsicológica Editora Universitária, 2019

MENEGHETTI, Antonio. **Genoma Ôntico**. 3. ed. Recanto Maestro, RS: Ontopsicológica Editora Universitária, 2013.

MENEGHETTI, Antonio. **Manual de Ontopsicologia**. 4. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2010.

MENEGHETTI, Antonio. **Pedagogia ontopsicológica**. 6. ed. Recanto Maestro, RS: Ontopsicológica Editora Universitária, 2019.

PRANKE, Patricia. A importância de disvutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. **Cienc. Cult.**, São Paulo , v. 56, n. 3, p. 33-38, Sept. 2004 . Acesso em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 out. 2020.

RODRIGUES, Andressa Conterno. As dimensões dos Direitos Fundamentais e sua eficácia nas relações interprivadas. **Revista Direito e Inovação**, v. 1, n. 1, p. 62-74, jul. 2013. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/view/994/1450>. Acesso em: 09 out. 2020.



SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 35, abr. 2012. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826>. Acesso em: 09 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Histórico-Positiva, Regras E Princípios. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 28, p. 73-96, dez. 2015. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20298>. Acesso em: 09 out. 2020.

VIDOR, Alécio. Pesquisa em Ontopsicologia. **Saber Humano: Revista Científica da Faculdade Antonio Meneghetti**, [S.l.], v. 7, n. 10, p. 5-13, ago. 2017. ISSN 2446-6298. Disponível em: <https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/view/225>. Acesso em: 09 out. 2020.

VIDOR, Alécio. **Opinião ou Ciência**. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2014.

VIDOR, Alécio. **O Fundamento da Ciência**. São João do Polêsine: Ontopsicológica Editora Universitária, 2018.

ZUCCONI, Eder. Células-tronco: o que são e para que servem? **Sempre materna**, 2016. Disponível em: <http://www.semprematerna.com.br/celulas-tronco-o-que-sao-e-para-que-servem/>. Acesso em: 08 out. 2020.



[www.editorapublicar.com.br](http://www.editorapublicar.com.br)  
[contato@editorapublicar.com.br](mailto:contato@editorapublicar.com.br)  
@epublicar  
[facebook.com.br/epublicar](https://facebook.com.br/epublicar)

# A construção da pesquisa e conhecimento no direito:

---

## AÇÕES E PESQUISAS DIRECIONADAS

ROGER GOULART MELLO  
ORGANIZADOR



**2021**

www.editorapublicar.com.br  
contato@editorapublicar.com.br  
@epublicar  
facebook.com.br/epublicar

# A construção da pesquisa e conhecimento no direito:

---

## AÇÕES E PESQUISAS DIRECIONADAS

ROGER GOULART MELLO  
ORGANIZADOR



**2021**