

Renê Carvalho Pimentel Lima • Daniel Aquino Ribeiro • Vinícius dos Santos Sá • Antônio Wellington Brito Junior • Raquel Torres de Brito Silva • Tito Basilio São Mateus • Luciana Moraes do Nascimento Argôlo • Heidy Taiane Rocha Santos • Edson José Sá Júnior • Ellen Claudia da Silva Santos • Alana Cardoso de Argôlo Silva

ESTUDOS JURÍDICOS EM FOCO

LUCIANA MORAES DO NASCIMENTO ARGÔLO
RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA
ORGANIZADORES



Criação Editora



TÍTULO

Estudos Jurídicos em foco

ORGANIZADORES

Luciana Moraes do Nascimento Argôlo
Renê Carvalho Pimentel Lima

ISBN

978-85-8413-435-9

EDITORA CRIAÇÃO

CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes
Christina Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Ítalo de Melo Ramalho
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

LUCIANA MORAES DO NASCIMENTO ARGÔLO
RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA
ORGANIZADORES

ESTUDOS JURÍDICOS EM FOCO



Criação Editora
Aracaju | 2023

Copyright by 2023 by organizadores

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico
da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado
são da responsabilidade exclusiva dos seus autores.

Projeto gráfico
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anízio Gomes - CRB-8 8846

A693e Argôlo, Luciana Moraes do Nascimento; Lima, Renê
Carvalho Pimentel (org.).
Estudos jurídicos em foco / Organizadores: Luciana Mo-
raes do Nascimento Argôlo e Renê Carvalho Pimentel Lima.
– 1. ed. – Aracaju, SE : Criação Editora, 2023.
176 p. Ebook
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8413-435-9

1. Ensino do Direito. 2. Teoria do Direito. I. Título. II.
Assunto. III. Organizadores. IV. Autores.

CDD 340.7
CDU 34

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito: Estudo e ensino.
2. Direito.

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea apresenta 6 artigos com temas de bastante relevância no mundo jurídico. O primeiro capítulo *Contratos no Direito Civil: Uma Visão Crítica e Constitucionalista* discute, de maneira reflexiva, a Teoria Geral dos Contratos, aprofundando seu conceito, sua evolução histórica, seus elementos, sua classificação, seus efeitos e sua principiologia.

Uma Análise Comparativa Sobre os Limites à Liberdade de Expressão entre o HC do “Caso Ellwanger” e a ADPF Da “Marcha Da Maconha” é o segundo capítulo e busca expor a fundamentação utilizada pelos ministros nos dois julgados, destacando os pontos semelhantes e fazendo uma análise comparativa com o intuito de entender as peculiaridades de cada controvérsia.

O terceiro capítulo *O Reconhecimento dos Direitos LGBTQIAPN+ no Sistema Sócio-Político e o Papel Contramajoritário do Supremo Tribunal Federal: Um Diálogo Necessário* aborda as discussões acerca da pauta da diversidade sexual e de gênero, sublinhando a diversidade da comunidade LGBTQIAPN+, na busca por uma harmonia nacional, despida de intolerância, de racismo e de preconceito, além de demonstrar a existência de instrumentos internacionais que coíbem a violência sobre a população LGBTQIAPN+ e reafirmam a defesa do pluralismo.

Já o quarto capítulo *A Relevância do Direito Animal no Paradigma Sociojurídico Hodierno* além de apontar a evolução histórica dos direitos dos seres não humanos, desde as concepções cristãs, judaicas, iluministas e filosóficas de outrora, até a sua atual consideração e proteção jurídica, evidencia como os atuais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais se manifestam no sentido de reconhecer os seus direitos.

A Reforma Trabalhista Brasileira: O Discurso dos seus Defensores, Principais Alterações Legislativas e a Geração de Postos de Trabalho é o quinto capítulo e apresenta os pressupostos, as justificativas e os objetivos propalados para a aprovação das mudanças no tocante a reforma, analisando-os no contexto do papel do Estado, na economia e na perspectiva do setor produtivo nacional, refletindo sobre eventual impacto direto da reforma no mercado de trabalho, por meio da análise de dados de indicador socioeconômico.

Finalizando, o sexto capítulo *A Laje como Mecanismo de Concretização da Função Social da Propriedade e a sua Autonomia Jurídica* analisa a laje como mecanismo de concretização da função social da propriedade e sua autonomia jurídica, face a necessidade de discutir a aplicação do novel instituto do direito real de laje.

Importante exaltar o excelente trabalho desenvolvido pela Editora Criação e pelo Conselho Editorial, que de forma criteriosa, analisou e selecionou os artigos que apresentam relevância singular, com temas pertinentes e atuais à sociedade, comunidade jurídica e acadêmica. Relevante salientar ainda, que o presente e-book envolve vários ramos do direito, de modo que, à cada abordagem, o leitor terá a chance de expandir seu conhecimento jurídico. Por fim, desejamos que a leitura desta produção provoque uma discussão proveitosa acerca dos conceitos e das abordagens propostas.

Seguimos à disposição.

Os Organizadores

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

5

CONTRATOS NO DIREITO CIVIL:
UMA VISÃO CRÍTICA E CONSTITUCIONALISTA

Renê Carvalho Pimentel Lima

9

UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE OS LIMITES À LIBERDADE
DE EXPRESSÃO ENTRE O HC DO “CASO ELLWANGER” E A ADPF
DA “MARCHA DA MACONHA”

Antônio Wellington Brito Junior;

Daniel Aquino Ribeiro; Vinícius dos Santos Sá;

46

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBTQIAPN+ NO SISTEMA
SÓCIO- POLÍTICO E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

Renê Carvalho Pimentel Lima

72



A RELEVÂNCIA DO DIREITO ANIMAL NO
PARADIGMA SOCIOJURÍDICO HODIERNO
Raquel Torres de Brito Silva

113

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: O DISCURSO
DOS SEUS DEFENSORES, PRINCIPAIS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS
E A GERAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO

Tito Basilio São Mateus

137

A LAJE COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A SUA AUTONOMIA JURÍDICA

Luciana Moraes do Nascimento Argôlo

Heidy Taiane Rocha Santos

Edson José Sá Júnior

Ellen Claudia da Silva Santos

Alana Cardoso de Argôlo Silva

169

CONTRATOS NO DIREITO CIVIL: UMA VISÃO CRÍTICA E CONSTITUCIONALISTA

RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA¹

INTRODUÇÃO

É sabido que a ciência jurídica é essencialmente social. É a dinâmica da sociedade que alimenta e sacia os inúmeros conceitos, teorias e análises dentro do Direito. Com o intuito de organizar os seres viventes e adequá-los de modo a garantir uma convivência pacífica, são criadas inúmeras regras imbuídas da missão de resolver os problemas do tempo presente. É nesse cenário e dessa necessidade de auto-organização que as normas sobre os contratos nasceram.

O homem contrata. Negocia. Faz permuta. Vende. Doa. Empréstimo. Cria débitos. Assume obrigações. Presta serviços. Loca imóveis e veículos. Aliena terrenos e coisas. Constrói fábricas. Derruba muros. Financia a casa própria. Compra alimentos. Paga seguro. Renúncia herança. Discute propostas. 'Fecha negócio'. Arrepende-se dos acordos. Revisa pactos. Devolve o bem. Joga no bingo. Aposta na loteria. O tempo todo, a sociedade cria obrigações. É fato.

Tal evidência que não pode ser invalidada pelo Direito, especialmente porque é por meio dele que as pretensões resistidas de contratos não cumpridos serão solucionados. Assim, com os olhos

¹ Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado. Professor. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Assessor de Magistrado.

no passado, que traz tantos exemplos de maneiras de negociar que não deram certo, e sem esquecer que o futuro não pode desprezar a qualidade humana do indivíduo, que este trabalho busca demonstrar que os contratos são necessários para garantir a autonomia do ser, mas não podem deixar de lado a função social dos pactos celebrados.

Assim, num primeiro momento, esse artigo tratará do histórico da Teoria Geral dos Contratos, para, no tópico seguinte, apresentar as inúmeras e mais ricas classificações sobre o tema. E, finalmente, será abordada a principiologia atual acerca dos contratos, destacando a influência da Constituição Federal de 1988 e seu mister em fazer a Dignidade da Pessoa Humana, o princípio farol das avenças celebradas, iluminando todas fases da convenção estabelecida.

Além da dignidade da pessoa, haverá uma abordagem sobre outros princípios necessários para o entendimento global do assunto: princípio da autonomia de vontade, princípio da supremacia da ordem pública, princípio da função social do contrato, princípio da proporcionalidade, princípio da boa-fé e probidade, princípio da força obrigatória dos contratos e, por fim, princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Ao final, será analisada que a validade de um contrato não fica mais a mercê apenas de eventuais formalidades legais, quando indispensáveis. É preciso mais. É necessário que a Constituição Federal e seus ideais inspirem e sejam respeitados no ato de contratar, com o intuito de ver o homem como um fim em si mesmo e não apenas como um engrenagem para fazer girar a riqueza dos mais favorecidos, tudo para evitar a marginalização dos vulneráveis e o comprometimento do bem comum.

2. CONTRATOS: ASPECTOS GERAIS

O encontro entre duas ou mais vontades ajustadas faz nascer a ideia de um contrato. Pode ser ‘fechado’ num simples diálogo verbal, numa folha de guardanapo dentro de um restaurante, ou por meio de uma escritura pública. Fato é que a rotina em sociedade, mesmo que não se perceba, está rodeado de contratos.

É um instituto comum, que há muito é objeto de estudos, teorias e inspirações. Até hoje, por exemplo, discute-se o contrato firmado entre Shylock e Antônio, na obra shakespeariana “O Mercador de Veneza”.

Na obra mencionada,² Antônio se responsabilizou, como fiador, por um empréstimo feito pelo personagem Bassânio. Ficou definido que, caso Bassânio não quitasse os Ducados até o vencimento, Shylock poderia cortar uma libra de sua carne de qualquer parte do corpo. Diante da não quitação da dívida contraída e pretendendo o credor a execução, a personagem Pórcia, que fingia ser um magistrado, ao analisar o caso, disse:

Dispõe-te, assim, para cortar a carne. Mas não derrame sangue, nem amputes senão o peso justo de uma libra, nem mais nem menos; pois se retirares mais ou menos do que isso, o suficiente para deixá-la mais pesada ou mais leve na proporção, embora, da vigésima parte de um pobre escrúpulo; ou, ainda, se a balança pender um fio, apenas, de cabelo, por isso a vida perdes, ficando os teus bens todos confiscados (...)³

2 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do contrato. **Jus navegandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889). Acesso em: 28 de Abril de 2010.

3 SHAKESPEARE, William, **O Mercador de Veneza**, in *Comédias*, trad. Carlos Alberto Nunes. Brasília: Universidade de Brasília/ Melhoramentos, 1982, p. 262.

Muitos questionamentos surgem diante desse corte literário. Há liberdade total para estabelecer as cláusulas de um contrato? Basta a obediência às formalidades para o contrato ser válido? Aspectos pessoais e alterações posteriores podem justificar modificações contratuais? Outros ramos do direito, como o penal, podem limitar o poder de contratar?

Veja-se que, no caso da obra “O Mercador de Veneza”, o ajuste dos personagens Shylock e Antônio macularia a lei penal. Ora, quem celebra negócio para retirar, como pagamento, carne no corpo de um homem, mesmo que com anuência da vítima, cometerá crime (lesão corporal/ homicídio), pelo menos, na figura do dolo eventual.⁴

Nesse prisma, a personagem Pórcia, como juiz shakespeariano, foi certeiro e atendeu inclusive as regras gerais do Direito, como reflexo do que preleciona o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, “[...] na aplicação da Lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum”.

Diante do exposto, é certo que a validade de um contrato não decorre apenas do puro formalismo. Vai além. Deve reverência ao bem comum, ao justo, àquilo que é equilibrado e supera as barreiras do individualismo humano, especialmente numa sociedade desigual e com inúmeros exemplos de hipervulneráveis.

É por isso que a visão de Shakespeare na obra citada era inegavelmente a frente do seu tempo, pois, como enaltece Joseph Kohler, a cena forense do Mercador de Veneza indica:

4 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do contrato. **Jus navegandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889). Acesso em: 28 de Abril de 2010.

(...) a quintessência do caráter e da formação do direito. Contém uma sabedoria jurídica mais profunda que a encerrada em dez volumes das pandetas, e proporciona uma visão mais penetrante que todas as obras sobre a história do direito, de Savigny a Ihering.⁵

No Brasil, Ariano Suassuna também teve os contratos e suas repercussões como inspirações para escrever. Em o “O Auto da Compadecida”, Chicó tem o seu ‘couro’ cobrado pelo personagem Major, por não quitar um débito. No entanto, capciosamente, os personagens João Grilo e Rosinha, em defesa de Chicó, advogam que retirar o “couro” só poderá ocorrer se nenhuma gota de sangue seja derramada, uma vez que, nos termos acordados, a retirada de sangue não seria uma possibilidade.⁶

A ideia de contratar, negociar e pactuar conforme a vontade objetivando criar direitos e obrigações inspirou literatura, mas está ligado a outras diversas ciências. A economia, na medida em que o

Mas não somente com a literatura se conectam os contratos. A vida em si é uma constante tomada de decisões, nas quais, independente da classe social, poder aquisitivo, estilo de vida, ocorre contratação. São contratos de aluguel ou de compra de um imóvel. Contratos para contratar serviço de água, energia elétrica, saneamento básico. Contrato para adquirir vestimentas, alimentos, serviços de lazer e locomoção. Onde há interesse econômico, haverá contrato.

5 *Apud* LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do contrato. **Jus navegandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889). Acesso em: 28 de Abril de 2010.

6 SUASSUNA, Ariano. **O Auto da Compadecida**. 35º ed. São Paulo: Agir, 2005.

Não à toa, assevera Rodolfo Pamplona Filho⁷:

O contrato é a mola-mestra da sociedade moderna. **Todo cidadão, em cada momento de sua vida, celebra contratos, mesmo sem perceber-se disso, muitas vezes.** Com efeito, ao pegar a condução para sua casa, celebra um contrato de transporte; ao ir a um restaurante, celebra um contrato de consumo de prestação de serviços; ao comprar uma lembrança para alguém em uma loja, celebra um contrato de consumo de compra e venda; da mesma forma, ao empregar-se ou ao abrir uma conta em um banco, também celebra contratos. É o fato social que o Direito pretende regular, dada a sua importância e utilização. (grifos nossos)

Feita essa explanação, fica claro o quão importante e útil é o estudo dos contratos. Pois bem.

De acordo com Washington de Barros Monteiro “[...] três são as fontes das obrigações: contratos, declarações unilaterais da vontade e atos ilícitos. A elas pode ser adicionada uma quarta, a lei”.⁸

Sobre os contratos, ensina Flávio Tartuce:

(...) a respeito do conceito de contrato, o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor não cuidou de defini-lo. Assim, é imperiosa a busca de sua categorização, para o devido estudo pelo aplicador do Direito.

De início, nota-se que o contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os

7 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

8 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito: Direito das Obrigações**. 34. ed. rev. e atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p.86.

tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios. Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. [...] Para existir um contrato, seu objetivo e seu conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.312, estipula que “il contratto è l'accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro um rapporto giuridico patrimoniale (o contrato é o acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação patrimonial). Na doutrina atual, muitos doutrinadores seguem tal construção, caso de Álvaro Villaça Azevedo e Maria Helena Diniz (...)”⁹.

Desse modo,

Contrato é espécie de negócio jurídico.

A corrente dominante no Direito brasileiro é voluntarista, inclusive foi a posição adotada, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Novo Código Civil.

Critica-se tal corrente sob a alegação de não ser verdadeira a premissa de que o declarante sempre manifesta a sua vontade dirigida a um determinado fim querido e previamente conhecido.

9 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 518.

Pioneiros na tentativa de explicar a natureza do negócio jurídico sob a ótica objetivista contrapondo-se aos partidários da corrente voluntarista foram BRINZ e THON, conforme lições de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2005).

Para os objetivistas o negócio jurídico é um meio permitido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, que propriamente um ato de vontade.

Segundo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, (2005, p.17) “para os objetivistas, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo em um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio.”

Nessas circunstâncias, acirrou-se a disputa entre os partidários da teoria da vontade e da teoria da declaração. Para os partidários da teoria da vontade, o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a vontade real, de forma que a sua declaração seria simplesmente a causa imediata do efeito perseguido, e não havendo correspondência entre a vontade real e a declaração emitida, prevalecerá a intenção.

Já os seguidores da teoria da declaração negam que a intenção tenha caráter de vontade propriamente dita, afirmando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração. Dizer se prevalece a vontade interna ou a vontade declarada não possui finalidade prática, pois o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração da vontade, parece que não há negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Além disso, a vontade deve ser manifestada, não tendo valor para o direito objetivo a que, posto que legitimamente formada, se não exteriorizou. Somente com a sua manifestação, o agente pode provocar a desejada reação jurídica e esta exteriorização, que torna visível a vontade e lhe dá existência objetiva, é o que nós chamamos declaração ou manifestação,

sendo indiferente que se faça com palavras, gestos ou até com o simples silêncio.

Portanto, feitas as observações acima podemos conceituar o negócio jurídico como a manifestação de vontade, realizada com observância aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com a finalidade de produção de efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente. Tal conceito está adequado a idéia de contrato. Todavia, sendo o contrato espécie do gênero “ negócio”, deve-se convir que em certo aspecto encontra-se particularizado dos demais negócios jurídicos¹⁰.

Pelo explanado, pode-se resumir o contrato

(...) como negócio jurídico bilateral através do qual as partes, objetivando atingir determinados interesses patrimoniais, manifestam seu acordo de vontades, estabelecendo prestações e obrigações recíprocas, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer) e deveres jurídicos anexos, decorrentes dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, conforme ensinamentos de De Plácido e Silva(2004)¹¹.

Desse conceito, é simples deduzir o motivo pelo qual a palavra Contrato deriva do latim “*contractu*”, que significa *trato com*.¹²

10 GUIMARÃES, Flávia Vitovsky. **Os contratos eletrônicos e o Direito do Consumidor**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/FlaviaVitovskyGuimaraes.pdf> Acesso em: 11 de novembro de 2023.

11 GUIMARÃES, Flávia Vitovsky. **Os contratos eletrônicos e o Direito do Consumidor**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/FlaviaVitovskyGuimaraes.pdf> Acesso em: 11 de novembro de 2023.

12 BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Artigos Jurídicos. **Contratos- conceito e espécies**. 2000. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>> Acesso em: 02 de Abril de 2018.

Nesse contexto, é interessante pontuar que

(...) no Direito Romano inicialmente o *contractum* era concebido como um vínculo jurídico - *vinculum juris* - cuja obrigação dele decorrente - *obligatio* - carecia, necessariamente, da prática de ato solene - *nexum*. A forma constituía elemento essencial do contrato, fosse ele *verbis, re ou litteris*. **Tal concepção evoluiu na sociedade romana, abrandando-se gradativamente o rigor do formalismo, até que se aproximou da sua clássica expressão, ou seja, a plena manifestação de livre vontade que vincula os indivíduos, gerando, por consequência, direitos e deveres, solo consensu.**¹³ (grifos nossos)

Em complemento ao tema, afirma Viana¹⁴:

Sob *Justiniano*, o contrato é todo acordo capaz de constituir uma pessoa em devedora de outra. Refere-se o acordo a toda sorte de negócios, quer se encaminhem para a constituição de obrigações ou de direitos reais, seja para a modificação ou para a extinção de qualquer relação jurídica. Fica superada a noção própria do *ius civile*, segundo a qual o *contractus* só pode produzir obrigações.

Ainda, Maria Helena Diniz refere-se aos contratos como:

(...) todos os negócios jurídicos resultantes de acordos de vontades, de modo a uniformizar sua feição e excluir, assim, controvérsias, quaisquer seja qual for o tipo de contrato, desde que se tenha acordos bilaterais ou plurilaterais de vontades (...) ¹⁵

13 BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. O contrato do terceiro milênio . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em: 28 de Abril 2010.

14 VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.24.

15 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 22. ed., v. III. São Paulo: Saraiva. 2006, p.21.

Tartuce arremeta:

(...) Buscando a feição interna contratual, Maria Helena Diniz aponta dois elementos essenciais para a formação do instituto: um estrutural, constituído pela alteridade presente no conceito de negócio jurídico; e outro funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis. Vale lembrar que alteridade constitui-se pela presença de pelo menos duas pessoas quando da constituição do contrato. Justamente pela existência desses dois elementos é que se seria vedada a autocontratação, ou celebração de um contrato consigo mesmo. Mas dúvidas surgem quando a essa possibilidade, se analisando o art. 117 do Código Civil: “Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos”.

De acordo com o dispositivo em questão é possível a outorga de poderes para que a pessoa que representa outrem celebre um contrato consigo mesmo, no caso, um mandato em causa própria (mandado com cláusula *in rem propriam* ou *in rem suam*). Não estando presente essa autorização ou havendo proibição legal, o mandato em causa própria é anulável. A regra ainda merece aplicação em casos de substabelecimento (cessão parcial do mandato), conforme o seu parágrafo único (...)

A grande dúvida que surge desse dispositivo é se ele traz ou não uma hipótese de autocomposição perfeita, em que não há a referida alteridade. Para este autor, a resposta é negativa. [...]

Mas é interessante perceber que a alteridade continua presente, na outorga de poderes para que o segundo negócio seja celebrado. Desse modo, não há autocontratação, sem alteridade, na figura referenciada no art. 117 do CC. O elemento

destacado, a presença de duas pessoas, continua sendo essencial para a validade de todo o contrato.

Superada essa questão, ainda sobre o conceito clássico, exige-se um conteúdo patrimonial, ou a patrimonialidade, como afirmam italianos. Nessa visão, o casamento, por exemplo, não seria um contrato, eis que o seu conteúdo é mais do que patrimonial, é afetivo, visando a uma comunhão plena de vida, como se extrai do art. 1.511 do CC¹⁶.

Atualmente, é sabido que, diante das inúmeras alterações sociais e movimentos filosóficos, ocorreram incontáveis mudanças na estrutura e no próprio conceito de contrato. Tanto é assim que

(...) alguns juristas, como Paulo Nalin, propõem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato. Para o doutrinador paranaense, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada a produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”. O conceito é importante, explicando muito bem o fenômeno atual, pelos seguintes aspectos:

1º) o contrato está amparado em valores constitucionais, sobretudo na solidariedade social (art. 3º, I, da CF/1988). A premissa tem relação direta com a escola do Direito Civil Constitucional, que prega a análise dos institutos civis a partir do Texto Maior. Por esse motivo metodológico, os princípios contratuais, caso do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, amparando-se em princípios constitucionais.

2º) o contrato pode envolver um conteúdo existencial, relativo a direitos da personalidade. Cite-se a exploração patrimonial de imagem de um atleta profissional. Em reforço, pode ser mencionado o contrato celebrado entre uma emissora de

16 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 519-520.

televisão e o participante de um programa de realidade (reality show). Aliás, a proteção dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana no contrato tem relação direta com a função social do contrato, conforme reconhece o Enunciado n. 23 JF/STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse do indivíduo relativo à dignidade da pessoa humana”.

3º) o contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da função social dos contratos (...)¹⁷.

Por fim, é preciso ter em mente que, como negócio jurídico, o contrato gera obrigações. Mas, tais obrigações não serão necessariamente para todos os contratantes. É possível que a obrigação seja apenas para uma das partes¹⁸.

2.1 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS.

Desde que o homem começou a conviver em sociedade e fazer trocas decorrentes das necessidades próprias da existência, o contrato existe.

Desde o Império Romano o contrato já existia.

O contrato no **Direito Romano Clássico** (NAVES, 2007) era dotado de rigor formalista. Ele não era visto como meio regulador para qualquer operação econômica. Para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal. O mero acordo

17 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 520-521.

18 COELHO, Fábio Ulhoa. 2014. p. 35.

de vontades não era suficiente para criar as obrigações. Nesse período, também, haviam alguns contratos – denominados *pacta* – que, mesmo destituídos de fórmula, eram aceitos, contudo não tutelados. Ou seja, nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, mas caso recebesse a prestação poderia retê-la¹⁹.

Nessa época, cumpre ainda mencionar que no Direito Romano primitivo os contratos tinham caráter essencialmente formal.

Em exame da memória evolutiva dos contratos,

Quando da queda do domínio romano, o Direito Germânico é um direito menos avançado que o Direito Romano, estando dominado pelo simbolismo. Para se obrigar, há necessidade de um ritual. Esse procedimento simbólico conserva-se até a alta Idade Média.

As práticas medievais evoluem para transformar a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, o que indica a entrega de um documento. A forma escrita passa, então, a ter predominância. A influência da Igreja e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vêm enfatizar o sentido obrigatório do contrato. Os costumes mercantis dinamizam as relações e tendem a simplificar as formas contratuais. Com a escola do direito natural, assimilam-se os pactos e convenções aos contratos.²⁰

Em outras palavras,

O **Direito Medieval** (ROPPO, 2009) sofreu forte influência do Direito Canônico, Romano e Germânico costumeiro e

19 ALMEIDA, Juliana Evangelista. A Evolução Histórica do Conceito de Contrato: em busca de um modelo democrático de contrato”, retirado do endereço eletrônico: <http://www.ambito-jurídico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>; Acessado em: 11 de novembro de 2023.

20 VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4ª ed.,v. II. São Paulo: Atlas. 2004, p.379/380.

assim apresentava parte do formalismo do Direito Romano. Com o crescimento da economia mercantil esse formalismo contratual passou a ser um entrave para as contratações, que pretendiam cada vez mais rápidas. Tornou-se, assim, comum, no instrumento contratual, constar que as fórmulas foram cumpridas, mesmo que, na prática, não fossem realizadas. Além disso, era comum, ao se celebrar um contrato, fazer um juramento com motivos religiosos para dar força àquele contrato.

Outro aspecto importante, por influência do Direito Canônico que tinham a mentira como pecado, considerava-se o descumprimento contratual tal qual a mentira, sendo, portanto, também condenado. Acreditava-se que se a obrigação fosse assumida de forma livre e consciente, não haveria motivos para se descumprir o contrato²¹.

E mais.

Verifica-se que tanto no direito romano como no **Código de Napoleão** o contrato era uma espécie de convenção, embora tivesse como objetivo apenas a aquisição de propriedade no diploma elaborado na **Revolução Francesa**. Já para o direito italiano, o contrato dizia respeito apenas aos acordos cujo objetivo era criar, modificar ou extinguir as relações patrimoniais²².

Noutro giro, o Código de Napoleão de 1804 é considerado o grande código da Idade Moderna, pois personifica a vitória da classe burguesa, ao inaugurar novos ares ideológicos, políticos e

21 ALMEIDA, Juliana Evangelista. A Evolução Histórica do Conceito de Contrato: em busca de um modelo democrático de contrato”, retirado do endereço eletrônico: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>; Acessado em: 11 de novembro de 2023.

22 LOPES, Stephany Akie Nakamori. A evolução histórica do conceito de contrato e sua origem. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-historica-do-conceito-de-contrato-e-sua-origem/1222901903>>. Acesso em: 11 de novembro de 2023.

econômicos e consagrar a propriedade privada como direito da pessoa. Desse modo, o contrato instituto jurídico, ascende como instrumento de circulação de riquezas, corando a classe burguesa emergente.²³

Sem prejuízo, convém pontuar que os acontecimentos históricos antecedentes, tal como a Revolução Francesa 1789 contribuíram para formatar nova teoria geral dos contratos, em que o lema ‘igualdade, liberdade e fraternidade’ influenciou na raiz principiológica da igualdade formal dentro da relação contratual, assim como foi solo fértil para liberdade contratual.²⁴

Percebe-se, assim, que a autonomia da vontade e a autonomia privada já encontrava espaço dentro do Código Francês de 1852, bem como no Código Alemão, com uma matriz liberal, cuja inspiração ressoa também na Revolução Francesa, com foco na intervenção mínima do Estado no complexo de relações jurídicas travadas entre os particulares.

A ideia central daquele momento era de que se todos são tratados como iguais podem estabelecer as relações jurídicas com liberdade. O sujeito livre pode escolher com quem, quando e sobre o que vai contratar. Por esse viés, a força obrigatória dos contratos somada a autonomia da vontade impediria, no primeiro momento, que o Estado interviesse nas relações contratuais estabelecidas, salvo quando a ordem pública, a legalidade, a boa-fé e os bons costumes fossem postos em risco.²⁵

23 DECHAMPS, Giovana Nascimento; VARGAS, Valmir Antonio. In: **Furb Revista Jurídica**. DIREITO CONTRATUAL: DAS POSSIBILIDADES DE REVISÃO CONTRATUAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, jan. /jun. 2008 Disponível em : <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/842/662>>. Acesso em: 10 de Abril de 2010.

24 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A Atual Teoria Geral dos Contratos. **Jus navegandi**, Teresina, ano 9, n.811, 22 de setembro de 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 28 de Abril de 2018.

25 Idem.

A coroação da autonomia da vontade veio com liberalismo, momento em que o *pacta sunt servanda* encontrou o seu auge, fornecendo em tradução livre a força obrigatória dos contratos.²⁶

A sociedade liberal, consagrada nesse momento, apresentou como características relevantes, a livre circulação de riquezas, a igualdade contratual, a liberdade de contratar, bem como manteve o ideário de que o contrato faz lei entre as partes e ostenta força obrigatória.

Ou seja, o indivíduo, com autonomia de vontade, estabeleceria a espécie contratual, as regras aplicáveis, o objeto do contrato, as sanções por inadimplência e também o local e a época de cumprimento, o que representa a essência da liberdade contratual, porquanto não apenas as regras da contratação deveriam ser observadas, mas também as consequências dela provenientes.

Todavia,

(...) uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe são inerentes, **mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito de ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania.**²⁷ (grifo nosso)

O Estado Liberal, sedimentado nos direitos civis e políticos do cidadão, com respeito absoluta na força obrigatória dos contratos

26 ALBUQUERQUE, J.B. Torres de; ORLANDO, Fida. **Prática e jurisprudência dos contratos**. v.I. Campinas: Mizuno, 1997, p.51.

27 Lúcio *apud* GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLOMA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. 4. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p.5.

e na não intervenção estatal, reflexo este da Primeira Geração dos Direitos Fundamentais, provocou ao longo do tempo desigualdades e vulnerabilidades que o Estado mínimo não conseguiu resolver, fazendo com que demandas pela intervenção do Estado fossem reivindicadas²⁸.

O cenário que se descortina provocou a necessidade de atuações positivas do Estado na órbita dos direitos sociais, econômicos e culturais, cristalizando a Segunda Geração dos direitos fundamentais, em que a legitimidade do Estado para intervir nas relações privadas foi alcançada em nome da função social dos contratos e guiada pela necessidade da busca de um equilíbrio financeiro e econômico.

A intervenção do Estado nas relações contratuais foi fortemente sentida durante a Primeira e Segunda Guerra Mundial, no início do Século XX, quando o dirigismo contratual pregou a mitigação do direito privado em relação ao direito público, através da limitação dos direitos individuais e o escopo de se atingir o bem estar social, por meio da satisfação dos interesses da coletividade.

Com isso, Venosa preconiza:

O Estado poderia intervir na liberdade individual de contratar para garantir que a ordem pública fosse mantida em prol da coletividade. Visava a proteção daqueles que se apresentassem mais fracos economicamente na relação contratual.²⁹

Numa perspectiva contemporânea, com a globalização, a expansão da internet, o surgimento de novas espécies contratuais era inevitável, fazendo com que rotineiramente a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos fossem relativizadas,

28 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A Atual Teoria Geral dos Contratos. **Jus navegandi**, Teresina, ano 9, n.811, 22 de setembro de 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em 28 de Abril de 2010.

29 VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed.,v. II. São Paulo: Atlas. 2003, p.376.

permitindo a revisão contratual e evitando abusos. Ademais, a teoria da imprevisão, bem como a teoria do rompimento da base objetiva do contrato, alicerçam a possibilidade da revisão contratual, além de preservar a função social do contrato e implementar os postulados da boa fé, da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, e da dignidade da pessoa humana, evitando abusos, mas preservando a liberdade contratual.

Sobre o tema, Gonçalves afirma:

(...) com base nas *clausulas gerais* sempre se poderá encontrar fundamento para a revisão ou a extinção do contrato como razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido de uma das partes, em detrimento de outra.³⁰

O atual Código Civil elenca uma série de espécies contratuais, espalhados nos capítulos que tratam dos direitos das obrigações, do direito empresarial, do direito das coisas, do direito de família e das sucessões.

Alicerçado esse raciocínio, a teoria geral do contrato ressoa no direito das coisas ao permitir a circulação de riquezas, a alienação, a oneração e extinção da propriedade; no direito de família, ao tratar dos pactos antenupciais, bem como nos contratos de convivência na união estável; no direito de sucessões, ao observar a sua aplicabilidade no testamento, apesar deste ser um ato unilateral, na teoria geral dos contratos pode ser aplicada ao analisar a impossibilidade de doações universais inoficiosa, bem como na hipótese de cessão dos direitos hereditário.³¹

30 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 2. ed., rev. e atual., v. VI. São Paulo: Saraiva, 2006.

31 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A Atual Teoria Geral dos Contratos. **Jus navegandi**, Teresina, ano 9, n.811, 22 de setembro de 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

2.2 ELEMENTOS DO CONTRATO: UMA BREVE ANÁLISE

Sobre os elementos necessários para tornar um contrato juridicamente válido, o doutrinador Washington de Barros Monteiro elenca: A capacidade dos contratantes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; a forma legal e o acordo de vontades ou consentimento recíproco.³²

O primeiro requisito se trata do agente, que precisa ter aptidão para formalizar negócio jurídico. Nesse sentido, a regra basilar é que todo indivíduo, desde que não seja absolutamente incapaz, tem o poder de contratar.

É por isso que contrato firmado por incapazes no conceito civil da expressão, ou seja, os contratos celebrados, pelos menores de dezesseis anos, é considerado nulo (art. 166, I do CC).. É preciso pontuar que a incapacidade relativa torna o negócio jurídico anulável (art. 171, I, do CC).

De mais a mais, é preciso diferenciar a capacidade de direito da capacidade exercício. Enquanto a capacidade de direito é adquirida quando do nascimento com vida do agente; a capacidade de exercício somente ocorre quando o indivíduo tem aptidão de realizar os diversos atos da vida civil, independente de representação ou assistência de terceiros.

Em outras palavras, a capacidade de direito não garante a possibilidade de seu exercício. Para aqueles que são incapazes somente haverá aptidão para atos da vida civil se estiverem representados, por exemplo.

32 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito: Direito das Obrigações**. 34. ed. rev. e atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

Nessa linha de raciocínio, a capacidade do agente corporifica um requisito subjetivo de validade. Em complemento, aduz Tartuce³³:

(...) Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais, tutores e curadores; os relativamente incapazes devem ser assistidos por quem a lei determinar. (...)

No que toca às pessoas jurídicas, essas devem ser representadas ativa e passivamente, na esfera judicial ou não, por órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas em lei (...).

Por fim, além dessa capacidade geral, para determinados negócios, exige-se a capacidade especial para certos atos, denominada legitimação (...)

Diante do falado, conclui-se que para contratar não é o bastante a capacidade geral, da personalidade. É preciso mais. É preciso ter a capacidade necessária para o contrato determinado, ou seja, é crucial que haja legitimidade.³⁴

No que tange ao objeto, este deve ser apenas lícito, mas também possível, determinado ou determinável. Lícito porque deve respeitar a lei, os bons costumes, a boa-fé, a ordem pública e a função social do instituto. Possível, na medida em que deve ser realizável no plano dos fatos. Ainda, deve determinado ou determinável, eis que deve ser possível defini-lo.

Assim, tem-se que diante de objetos marcados pela impossibilidade física ou jurídica, a situação é de uma contrato manifestamente injurídico.

33 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 198-199.

34 GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. 4. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p.20.

Acerca da forma, os contratos não podem ser ajustados mediante contornos proibidos pela lei, caso contrário serão nulos.

Por fim, o último requisito de validade se trata do consentimento livre do agente. Expresso ou tácito, o consentimento do agente representa a sua concordância com o negócio firmado. Diz respeito a sua anuência com aquilo que foi combinado entre os acordantes.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS: UMA VISÃO PANORÂMICA

A doutrina costuma segmentar o tema para facilitar o seu estudo e entendimento. Para isso criou uma classificação própria que será objeto de estudo nas linhas que seguem. Pois bem.

Na visão clássica e com nítida inspiração no Código Francês, de acordo com os efeitos que podem gerar e com a carga obrigacional para cada acordante, os contratos podem ser classificados como unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

São classificados como unilaterais os contratos que geram obrigação para uma das partes. O exemplo mais emblemático é a doação pura, que ocorre quando não existe qualquer obrigação para o donatário.

Os contratos bilaterais, por sua vez, há obrigações para ambas as partes acordantes. O cerne dessa espécie contratual é justamente a existência de prestações recíprocas para as partes. O exemplo é a compra e a venda, por meio da qual uma das partes (vendedor) entrega uma coisa em troca de um preço que será pago pela outra parte (comprador). Há sempre a chamada sinalagma.

O contrato ainda pode ser plurilateral. Nas palavras de Tartuce, esse contrato “(...) envolve várias pessoas, trazendo direitos e deveres para todos os envolvidos, na mesma proporção. Exemplo: seguro de vida em grupo e o consórcio”³⁵.

35 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 522.

Nesse ponto de intelecção, crucial advertir que terceiros estranhos à relação contratual não podem, em regra, ser atingidos pelo pacto estabelecido. Mas esta regra é relativa. Isso porque não é impossível que um contrato gere obrigação/encargo ou mesmo um benefício para terceiros³⁶. A estipulação em favor de terceiro é um exemplo de contrato, no qual terceiro alheio ao liame é atingido por um contrato.

Os contratos ainda podem ser classificados quanto aos efeitos. O sacrifício patrimonial pode ensejar, nesse prisma, um contrato oneroso ou gratuito, que são diferenciados por Tartuce da seguinte forma:

(...) a) Contrato oneroso – aquele que traz vantagem para ambos os contratantes, pois estes sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de proveio alcançado). Ambas as partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigi-lo. Há uma prestação e uma contraprestação. Exemplo: compra e venda.

b) Contrato gratuito ou benéfico – aquele que somente onera uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação. Deve ser observada a norma do art. 114 do CC, que enuncia a interpretação restritiva dos contratos benéficos³⁷.

Assim, diante do explicado, resta claro que haverá contraprestação, com reciprocidade de obrigações no contrato oneroso, posto que no gratuito, para uma das partes, haverá apenas vantagens, sem a imposição se qualquer encargo.³⁸ Em outras palavras,

36 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 2. ed., rev. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36.

37 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 522.

38 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.497.

direitos e deveres recíprocos é circunstância própria da onerosidade contratual, uma vez que, diante de um pacto gratuito, o sacrifício patrimonial será unilateral.

Mas não só.

Nessa quadra de ideias, é preciso registrar que há uma sub-classificação dentro dos contratos onerosos, os quais podem ser de dois tipos: aleatórios e comutativos. Os primeiros (aleatórios) tem como característica mor a incerteza para um dos contratantes. São baseados na álea, na sorte, num fator ainda não sabido, isso porque, no momento da contratação, não se sabe exatamente qual será a prestação dada por uma das partes. Exemplo mais comum da literatura é a aposta. Em acréscimo, é preciso anotar que esses contratos podem ser aleatório *empti spei* ou *emptio rei speratae*.

O segundo tipo de contrato oneroso, o comutativo, vale-se da premissa que as obrigações firmadas se tratam de prestações certas, devidamente preestabelecidas entre acordantes. Na hipótese, sabe-se o que será pago, quanto e quando o objeto será recebido, de maneira que tanto a vantagem quanto o sacrifício são determinados desde o início da contratação, sem vínculo com o fato 'sorte'.

Superada essa classificação, passa-se a análise de divisão dos contratos no tocante a sua formação.

São três os tipos de contrato de acordo com a sua formação. Os contratos paritários, contrato-tipo e de adesão.

Os contratos paritários, também denominados contratos negociados, se referem aos negócios jurídicos nos quais ambas as partes podem, em igualdade, discutir as cláusulas do pacto celebrado. Situação oposta ocorre no chamado contrato de adesão, pois nesse há submissão de uma das partes a outra, que isoladamente escolhe previamente as cláusulas e circunstâncias que irão guiar a relação contratual. Os típicos exemplos dos contratos de adesão são o contrato de seguro e de consórcio.

Por fim, o contrato-tipo muito se assemelha ao contrato de adesão, mas nele não há desequilíbrio econômico entre as partes e é possível discutir as cláusulas preestabelecidas, pois não são consideradas imposição.

Com o olhar na classificação quanto à execução, os contratos podem ser de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo.

Os instantâneos são os contratos executados, cumpridos quando da celebração da avença, ou seja, o cumprimento é imediato. Os de execução diferida, como o nome sugere, tem cumprimento uma única vez, mas em momento futuro. Já os contratos de trato sucessivo são aqueles cujo cumprimento corre de maneira periódica, com o passar do tempo³⁹.

Diante da imensidão do tema, os contratos também podem ser divididos entre contratos personalíssimos ou impessoais.

Os personalíssimos ocorrem quando as características pessoais do acordante são levadas em consideração. O fator subjetivo, seja da confiança ou da qualidade técnica ou artística, é o elemento essencial para a contratação⁴⁰; já nos impessoais, não há que se falar em subjetivismo, pois qualquer um, independente das qualidades que ostente, poderá celebrar o contrato.

Outrossim, quanto à independência contratual, os contratos podem ser definidos como principais ou como acessórios.

Os contratos principais são aqueles que existem por si só. Não dependem de qualquer outro negócio jurídico para ganhar

39 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 530.

40 É preciso dizer que as características que definem os contratos *intuitu persona* segundo Orlando Gomes *apud* Maria Helena Diniz: a) são intracessíveis, não podendo ser executados por outrem; b) não podem ser cedidos, de modo que, se substituído o devedor, extinguir-se-ão tais contratos, pois os sucessor es não poderão cumprir a prestação, haja vista que era personalíssima; c) não podem ser cedidos, de modo que, se substituído o devedor, haverá a celebração de um novo contrato; d) são anuláveis, havendo erro essencial sobre a pessoa do contratante. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 22. ed., v. III. São Paulo: Saraiva. 2006, p.107).

validade. Já os contratos acessórios só possuem validade diante da existência de um principal o que o justifique. Não há existência própria, mas dependência de um outro contrato (principal). A fiança e a hipoteca são clássicos exemplos de contratos acessórios.⁴¹

Em continuidade ao tema classificação contratual, não se pode deixar de mencionar que, quanto à forma, os contratos se dividem em formais e informais.

Nessa perspectiva, o contrato será formal, também chamado de solene, quando for necessária a observância de uma forma definida em lei para a sua perfectibilidade. Já o contrato informal, ou não solene, será aquele destituído de qualquer requisito formal na sua configuração, alimentando-se apenas do consentimento das partes para contratar. Esta inclusive é a regra no direito pátrio.⁴²

Ainda, os contratos podem ser nominados ou inominados.

41 “Os contratos quanto a sua natureza, podem ser rotulados como principais e acessórios. Serão principais, quando a sua existência for autônoma, ou seja, não estiver amarrado a nenhum outro, a exemplo, da compra e venda. Por outro lado, os contratos acessórios são aqueles subordinados aos principais. Têm a função de assegurar a execução do contrato principal, como no caso do mandato, da fiança, do penhor. Nos negócios jurídicos os acessórios acompanham os principais, dessa forma, nulo o principal, o acessório também será. Ressalta-se que o contrário não é verdadeiro. Quando acontecer a prescrição da pretensão da obrigação principal, por conseguinte, haverá a extinção da acessória, mas se esta for extinta a principal não será”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 3. ed., rev. e atual., v. I. São Paulo: Saraiva, 2006, p.293).

42 Em regra, os contratos são informais, ou seja, possuem uma forma livre, ou melhor, não possuem forma. Quando a lei estabelece forma para um tipo de contrato estar-se diante de uma exceção e as partes não podem se esquivar de tal solenidade, que representa um *plus* necessário para a validade de certos contratos. Os contratos consensuais, neste sentido, são considerados não solenes, porque não dependem da observância das disposições legais, apenas da vontade das partes. Já se a essência do ato exigir ou quando a lei pré-estabelecer a forma a ser seguida para que os contratos sejam considerados válidos, eles serão solenes. São considerados solenes, por exemplo, o contrato de locação, a compra e venda de um imóvel, a renúncia e a alienação. Semelhantes a estes são os contratos reais, que têm como requisitos para sua existência, o consentimento e a entrega (*traditio*). Como acontece no contrato de depósito, que se aperfeiçoam com a entrega da coisa ao depositário. Ressalva-se que em caso de litígio que envolva este contrato o próprio Código Civil lança a solução. (VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed.,v. II. São Paulo: Atlas. 2003b, os. 414/415).

Aqueles que possuem nome jurídico ou mesmo é um tipo previsto na legislação civil é chamada de contrato nominado.⁴³

Do outro lado, quando o Código Civil for silente quando à denominação/previsão, o contrato será inominado ou atípico. Nesses caso, havendo pretensão resistida decorrente desse contrato, será necessário analisar as próprias cláusulas estabelecidas para solucionar eventual demanda. Na verdade, seu elemento nuclear é não existir uma legislação própria para disciplinar sua existência e validade.⁴⁴

Superado essa breve explanação acerca das classificações dos contratos no universo jurídico, passa-se a uma análise sobre como o direito contratual é iluminado pelas ideias constitucionais.

2.4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CONTRATUAL E A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

É indiscutível a mudança paradigmática no Direito pátrio promovida com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conhecida como Constituição Cidadã, é um verdadeiro marco na trajetória jurídica nacional, na medida em que supera valores individualistas e patrimoniais e coloca a dignidade humana como protagonista e valor jurídico máximo, que deve ser respeitado em todos os ramos do direito, inclusive no Direito Civil.

Não por outro motivo,

(...) o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º, I), a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), a

43 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.493.

44 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

proteção de direitos da personalidade, como a intimidade, honra, vida privada e imagem, com a possibilidade de reparação dos danos morais e materiais (art. 5º, V e X) e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III) não podem ser consideradas “palavras jogadas ao vento”, devendo, sim, ser realizadas em cada caso concreto, propugnando-se por aquilo que o jurista português CANOTILHO denominou de princípio da máxima efetividade constitucional.

E o Direito Civil não poderia estar imune a tais inovações ideológicas, até mesmo porque vários de seus institutos tradicionais passaram a ser previstos constitucionalmente, pelo que novas escolas de pensamento passaram a despontar no Brasil com tal ótica, destacando-se, entre eles, o já citado Prof. Gustavo Tepedino, do Rio de Janeiro; Prof. Luiz Edson Fachin, do Paraná; Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo, de Alagoas, todos publicando trabalhos na área e, mais do que isso, coordenando obras coletivas de reflexão nesta linha, motivo da menção à expressão “escolas de pensamento”.⁴⁵

É por isso que o Direito Civil se coloca de mãos dadas com os ideários constitucionais trazidos na Constituição de 1988 e passa a valorar com mais ênfase o ‘ser’ em vez do ‘ter’. A categoria humana torna-se mola propulsora das teorias e das decisões judiciais na esfera civil, de modo que o latente patrimonialismo até então vigente se curva ao que é humanamente digno e juridicamente aceitável.

Bem por isso,

No que tange à matéria contratual, esse Código trouxe [...] uma nova leitura dos já consagrados princípios da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos do contrato e de sua força obrigatória, reconhecendo-se, assim, a necessidade de submeter às normas e interpretações civilistas aos

45 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

fundamentos de validade da Constituição (princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade).⁴⁶

Dáí houve uma verdadeira invasão principiológica no direito civil e conseqüentemente no modo de se elaborar, interpretar e julgar questões atinentes aos contratos civis.

Entre os principais princípios que influenciam diretamente no estudo dos contratos civis pode-se elencar o mega princípio da dignidade da pessoa humana, além dos valiosos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Mas não somente, também são pedras de toque do estudo em epígrafe a autonomia de vontade, a supremacia da ordem pública, bem como a função social do contrato, a boa-fé, a força obrigatória dos contratos e, por fim, a relatividade dos efeitos dos contratos.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso dizer que o homem, enquanto ser dotado de valor jurídico, passou a ser destino e fim da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que desde a confecção até a aplicação da lei é sempre preciso ter em mente que a condição humana não pode ser deixada em segundo plano. E isso vale para as demandas contratuais.

Não se pode imaginar, nesse foco, que um contrato possa estabelecer entre os acordantes regras, condições, diretrizes ou obrigações que coloquem uma partes como puro objeto de satisfação patrimonial para outra. O compromisso constitucional assumido não viabiliza mais a objetivação do ser humano, capaz de ofender a sua própria existência.

46 DECHAMPS, Giovana Nascimento; VARGAS, Valmir Antonio. In: **Furb Revista Jurídica**. DIREITO CONTRATUAL: DAS POSSIBILIDADES DE REVISÃO CONTRATUAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, jan. /jun. 2008 Disponível em : <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/842/662>>. Acesso em: 10 de Abril de 2010.

Seguindo, o princípio da proporcionalidade busca equalizar os interesses das partes, evitando demasiado prejuízo ou oneração para apenas um dos contratantes. Não se admite, pelo viés proporcional, que uma parte tenha lucro excessivo, enquanto a outra sofra com encargos financeiros vultoso. É necessário equilíbrio e coerência na relação firmada, sob o risco até de até uma resolução contratual.

Ainda, há o princípio da autonomia da vontade. Tal autonomia permite a ampla liberdade de o ser humano decidir (ou não) contratar. Cabe ao indivíduo, valendo-se da sua mais ampla possibilidade de direcionar o seu destino, decidir quando, com quem, de que modo e se deve contratar ou não. E essa decisão, em regra, não pode sofrer ingerência do Estado.

Porém, como preleciona o art. 421 do Código Civil,: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Vê-se que a autonomia da vontade, ou mesmo autonomia privada, como preferem alguns juristas, não têm caráter absoluto. O interesse público, a ordem pública, os bens costumes e a própria moral podem ser elementos limitadores do que pode ser contratado.⁴⁷

Nota-se que a autonomia da vontade, embora seja a chave para a existência de um contrato, pode sofrer obstáculo por regras nem mesmo escritas (costumes), tudo em nome da segurança e da confiabilidade social.

Desse modo,

(...) conceitua-se o princípio da autonomia provada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram

47 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 2. ed., rev. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2006, p.22.

em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se de um direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios contratuais (...)⁴⁸

Diante desse contexto, e considerando as inúmeras consequências do liberalismo econômico, baseado na produção em escala astronômica e industrialização crescente, foi necessária a elaboração de um conjunto legislativo capaz de frear contratações que reduzissem o indivíduo a apenas uma ferramenta para a formação das riquezas. Entre as principais normas estão o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Usura.

Nesse momento se descortina o consagrado princípio da função social do contrato.

Por meio desse princípio, o contrato não é visto apenas sob o espectro financeiro e econômico, pois as nuances sociais também passam a direcionar a leitura e a elaboração dos pactos. Em outras palavras, os contratos alcançam outras feições, superam os muros das suas cláusulas frias e colocam os pés também na realidade vivida pelos contratantes, que inevitavelmente gravitam sobre o negócio jurídico e devem conduzir a execução do ajuste, com intuito de evitar desigualdades.

É justamente da função social do contrato que decorrem a eticidade contratantes, a não produção de prejuízos, bem como a mitigação de qualquer modo de desigualdade que ocorra na vivência do contrato.⁴⁹

48 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3^a. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 539.

49 GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLOMA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. 4. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p.26.

Nessa linha de raciocínio, o art. 422 do CC dispõe que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como bem sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Dito de outra forma, desde as tratativas até a execução do negócio jurídico, é preciso que os acordantes ajam de acordo com a ética, com o justo e com o correto.

A boa-fé, incorporada expressamente no Código Civil de 2002, divide-se em dois tipos. A objetiva e a subjetiva.

A boa-fé subjetiva relaciona-se com o traço psicológico do instituto e tem ligação direta com o conhecimento ou não do sujeito quanto a um vício presente num dos elementos do negócio jurídico. Trata-se, assim, da consciência do agente acerca das informações necessárias para firmar o acordo.

Já a boa-fé objetiva se revela como uma regra de conduta em si. Esse viés requer do agente um comportamento e uma postura leal segundo as regras esperadas daqueles que estão na sociedade. Vincula-se com os deveres anexos dos contratos, tais como honestidade, cooperação, lealdade e respeito.

Dentro do direito contratual, são três as funções da boa-fé objetiva, a saber: a) cânone hermenêutico-integrativo do contrato; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.⁵⁰

Pela função integradora, busca-se o respeito a boa-fé em todas as fases do contrato, inclusive nas fases pré e pós contratual. Como dever jurídico, demonstra que ambas as partes têm obrigações recíprocas. E, por fim, como limitação de direito subjetivo revela-se como ferramenta contra abuso de direito.

Cabe assinalar ainda um importante princípio dentro da órbita contratual. O princípio da força obrigatória dos contratos, que é

50 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 427/428.

justamente responsável pela criação de uma regra entre as partes com força de 'lei', capaz de lhe garantir valor jurídico e vincular os contratantes com prestações mútuas, que podem ser cobradas, em caso de inadimplemento.

Nesse contexto, tem-se o tão conhecido princípio do *pacta de sunt servanda*, segundo o qual, em nome da segurança jurídica, aquilo que foi pactuado entre as partes é obrigatório e não pode, portanto, ser desfeito sem razão relevante que justifique. Ou seja, em regra, aquilo que é convencionado deve ser cumprido, dando imutabilidade ao negócio entabulado. Porém, diga-se, essa força obrigatória é relativa, uma vez que há possibilidade de intervenção judicial em caso de desequilíbrio contratual, por exemplo.⁵¹

Até porque

(...) não se pode mais aceitar o contrato com sua estrutura clássica, concebido sob a égide do “*pacta sunt servanda*” puro e simples, com a impossibilidade da revisão das cláusulas. O Direito do Consumidor trouxe inovações nesta matéria, inovações que constam agora no Novo Código Civil, como a proteção do aderente prevista nos artigos 423 e 434 da nova codificação, o que pode gerar a nulidade absoluta de cláusulas abusivas, diminuindo a amplitude da Força Obrigatória das Convenções.⁵²

Quanto ao princípio da relatividade, é preciso sublinhar que sua ideia central é de que a contrato faz lei entre as partes que decidiram convencionar e, valendo-se da autonomia privada que possuem, celebraram determinado pacto. Dito de outra forma,

51 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 2. ed., rev. e atual, v. III. São Paulo: Saraiva, 2006, p.26.

52 TARTUCE, Flávio. A realidade contratual à luz do novo Código Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 190, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4389>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

terceiros, que não estão no contrato e a ele não aderiram, não podem ser alcançados com efeitos de tal negócio.

É claro que há exceção e nesse sentido pode ser citado o contrato de estipulação em favor de terceiro.⁵³

Diante da apresentação dos princípios acima, nota-se que a principiologia constitucional trouxe aos contratos feixes humanistas em busca de uma teoria voltada ao indivíduo que, ao mesmo tempo que é livre para convencionar segundo a sua vontade e projeto de vida, também é um ser social que não aceita cláusulas e interpretações que diminuam a sua dignidade e limitem a sua existência enquanto ser humano.

Em linhas finais, é possível consumir, gerar riqueza e produzir, e para tudo isso, é crucial contratar, mas também é necessário que exista respeito à dignidade humana, que se tenha lealdade e boa-fé e que a função social não seja vista como meta de segunda categoria para beneficiar pequena parcela da sociedade.

CONCLUSÃO

Os contratos se apresentam como uma realidade social, para a qual a ciência jurídica, essencialmente destinada a reger os conflitos humanos e estabelecer o bem comum, não pode ficar à mercê. Tanto é assim que há inúmeros conceitos e reflexões sobre o tema dentro do direito pátrio.

Não obstante, um tema que inicialmente era apegado ao excesso formal e objetivismo, com o passar do tempo e diante da necessidade de manter as relações firmadas devidamente equilibradas, teve que adequar os seus conceitos e migrar para uma visão mais social e principiológica.

53 GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. 4. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

Mantem-se a autonomia da vontade com ampla liberdade de contratar, mas a leitura, a interpretação e a execução dos contratos devem também, com ênfase no olhar humano, manter a função social, especialmente diante da crescente industrialização e da produção em massa, que com facilidade desequilibra as relações.

Desse modo, tendo como critério orientador os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, da autonomia de vontade, da supremacia da ordem pública, da função social do contrato, da boa-fé, da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos contratuais, a Teoria Geral dos Contratos sedimenta sua visão constitucionalista.

Fertilizado este pensamento, afere-se que com o princípio do *pacta de sunt servanda* não se nega que o contrato faz lei entre as partes, porém, na hipótese de desequilíbrio contratual, é possível revistar suas cláusulas para reafirmar que o interesse precípua do direito e das relações estabelecidas é a formação de uma ordem econômica e social mais justa, efetiva e mais condizente com o momento vivenciado pelas partes contratantes, com ética, equilíbrio e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J.B. Torres de; ORLANDO, Fida. **Prática e jurisprudência dos contratos**. v.I. Campinas: Mizuno, 1997.

ALMEIDA, Juliana Evangelista. A Evolução Histórica do Conceito de Contrato: em busca de um modelo democrático de contrato”, retirado do endereço eletrônico: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>; Acessado em: 11 de novembro de 2023.

BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Artigos Jurídicos. **Contratos- conceito e espécies**. 2000. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/rui-bacioti/contratos1.htm>> Acesso em: 02 de Abril de 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A Atual Teoria Geral dos Contratos. **Jus navegandi**, Teresina, ano 9, n.811, 22 de setembro de 2005. Disponível

em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. O contrato do terceiro milênio . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em: 28 de Abril 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. 2014.

DECHAMPS, Giovana Nascimento; VARGAS, Valmir Antonio. In: **Furb Revista Jurídica**. DIREITO CONTRATUAL: DAS POSSIBILIDADES DE REVISÃO CONTRATUAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, jan. /jun. 2008 Disponível em : <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/842/662>>. Acesso em: 10 de Abril de 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 22. ed., v. III. São Paulo: Saraiva. 2006.

GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. 4. ed., v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 2. ed., rev. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 2. ed., rev. e atual., v. VI. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**. 3. ed., rev. e atual., v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUIMARÃES, Flávia Vitovsky. **Os contratos eletrônicos e o Direito do Consumidor**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/FlaviaVitovskyGuimaraes.pdf> Acesso em: 11 de novembro de 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Shakespeare, Von Ihering e a interpretação do contrato. **Jus navegandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1889). Acesso em: 28 de Abril de 2010.

LOPES, Stephany Akie Nakamori. A evolução histórica do conceito de contrato e sua origem. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-historica-do-conceito-de-contrato-e-sua-origem/1222901903>>. Acesso em: 11 de novembro de 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 427/428.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito: Direito das Obrigações**. 34. ed. rev. e atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

SHAKESPEARE, William, **O Mercador de Veneza**, in *Comédias*, trad. Carlos Alberto Nunes. Brasília: Universidade de Brasília/ Melhoramentos, 1982.

SUASSUNA, Ariano. **O Auto da Compadecida**. 35º ed. São Paulo: Agir, 2005.

TARTUCE, Flávio. A realidade contratual à luz do novo Código Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 190, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4389>>. Acesso em: 28 de Abril de 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4ª ed.,v. II. São Paulo: Atlas. 2004.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3. ed.,v. II. São Paulo: Atlas. 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense,1996.

UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENTRE O HC DO “CASO ELLWANGER” E A ADPF DA “MARCHA DA MACONHA”

ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JUNIOR¹

DANIEL AQUINO RIBEIRO²

VINÍCIUS DOS SANTOS SÁ³

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional máximo no ordenamento jurídico brasileiro, exerce o papel de guardião da Constituição, tendo como uma das funções precípua delimitar questões sobre os temas que levantam interpretações dissonantes em relação às normas constitucionais.

Assim sendo, é de clareza solar que as decisões proferidas pela corte constitucional são abarcadas por uma quantidade imensa de circunstâncias peculiares, as quais repercutem de maneira impactante não somente no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, econômico, político e dentre outros, circunstância correlacionada ao declínio dos regimes totalitários e à ascensão das democracias constitucionais. Consoante Abboud (2020, p. 440):

Pode-se afirmar que a função da jurisdição constitucional consiste, em um primeiro momento, na limitação do Poder Público, sendo a última sede em que ocorre o controle do

1 Mestre e bacharel em Direito pela UFS. Especialista em Ciências Penais pela Uniderp. Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Delegado de Polícia.

2 Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: danielribeiro162@gmail.com

3 Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: vinicius.sa2015@hotmail.com

Poder Executivo. Acontece que, em razão do controle de constitucionalidade, e principalmente em virtude das decisões manipulativas, a jurisdição constitucional também possui como característica controlar os erros provenientes do Poder Legislativo. Juntamente com essa função de controle, essa atividade jurisdicional tem por escopo garantir a preservação das minorias e assegurar a concretização e o respeito ao catálogo de direitos previstos no texto constitucional.

Diversos são os casos que carregam consigo uma repercussão social e que têm em seu objeto de discussão um tema relevante, a ser debatido com muita cautela. Foi justamente isso que aconteceu nos dois julgados que permeiam este Estudo de Caso. Contudo, à primeira vista, passa-se a um breve relato dos fatos que permeiam esses julgados, a fim de facilitar a exposição dos fundamentos jurídicos utilizados pelos julgadores.

No ano de 2003, Siegfried Ellwanger Castan impetrou, por intermédio dos seus advogados, os doutores Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker, o Habeas Corpus de n. 82.424. Tal remédio tinha o objetivo de impugnar a condenação decretada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual condenou Ellwanger por incorrer na prática do delito presente no artigo 20, da Lei n. 7.716/89, com a redação dada pela Lei n. 8.081/90.

O escritor rio-grandense fora condenado por essa tipificação legal, uma vez que editou um livro de sua autoria e republicou outros já existentes com cunho antissemita. Em face disso, a discussão central e o motivo de impetração do Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal fora pelo fato de o TJ/RS ter entendido pela aplicação do artigo 5, XLII, da Constituição Federal, o qual apregoa que o crime de racismo é imprescritível e inafiançável. Ou seja, o tribunal local entendeu que a conduta antissemita do editor se enquadrava no conceito de racismo.

O argumento central dos causídicos de Ellwanger consistia em demonstrar que a conduta praticada pelo constituído, muito embora pudesse ostentar cunho discriminatório, não se enquadrava no conceito de racismo. Segundo os advogados, o conceito de judeu não poderia ser definido como uma raça. Essa discussão detinha suma importância na casuística, visto que, se a conduta perpetrada pelo réu fosse caracterizada como racismo, haveria que se falar em imprescritibilidade, na esteira do quanto apregoado pela carta magna. Contudo, caso não fosse racismo, a pretensão punitiva estatal de condená-lo pela prática discriminatória estaria prescrita.

Em face disso, iniciada a discussão e julgamento do HC no Tribunal Constitucional, os primeiros ministros a proferirem os votos ficaram adstritos ao objeto de discussão exposto no remédio. Ou seja, debatendo e definindo se a conduta perpetrada pelo paciente enquadrar-se-ia no conceito de racismo ou não. Contudo, com o passar dos votos, um dos julgadores suscitou um tema de veras relevante dentro do Estado Democrático de Direito e que no final das contas possuía íntima relação com o caso concreto: a liberdade de expressão.

Desse modo, a partir da consideração dessa pauta, os ministros da Egrégia Corte passaram a discutir se a publicação do livro e a reedição de obras estariam abarcadas pela liberdade de expressão e, por consequência, não se caracterizariam como um ilícito penal. Dentro desses parâmetros, instalou-se o confronto entre princípios. De um lado, o direito à liberdade de expressão, disposto no artigo 5, IV, da Constituição. Na outra banda o direito à não-discriminação.

No final, prevaleceu o entendimento de que a conduta praticada por Ellwanger possuía cunho racista, afigurando-se imprescritível. Ademais, por meio do exercício de ponderação, a maioria entendeu que, conquanto a liberdade de expressão fosse conceito

caro ao Estado Democrático de Direito, não poderia sobrepor-se à proscrição da discriminação. A ofensa irrogada pelo escritor e editor findou na censura pretoriana.

Trata-se de julgado de suma relevância para a história do Pretório Excelso. Foi o primeiro a discutir acerca da categorização de práticas antissemitas como racistas. Abriu-se um leque para discussões salutares, estabelecendo-se diversos conceitos do que poderia estar caracterizado como racismo ou não. Além disso, o habeas corpus também trouxe à baila uma noção sobre os parâmetros que apontam o limite da liberdade de expressão e a importância desse princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma aparece a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. O referido julgado provocou uma discussão interessante na Corte Constitucional, uma vez que, semelhantemente ao “Caso Ellwanger”, o objeto debatido nele consistia no estabelecimento dos parâmetros limitantes ou extensivos do direito à liberdade de expressão.

A ADPF 187 foi ajuizada pela Procuradora-Geral da República Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Ela observou um fenômeno recorrente nos tribunais ao redor do país. À época, rastreou diversas decisões judiciais restringindo manifestações de apoio à legalização das drogas, sendo o exemplo principal desse estado de coisas a denominada “Marcha da Maconha”. Havia interpretações de que a participação ou a organização nessas manifestações caracterizaria o ilícito penal disposto no artigo 287 do Código Penal: “Apologia de crime ou criminoso”. Algumas decisões judiciais sinalizavam que estas condutas estavam abarcadas nos elementos típicos da apologia delituosa, o que permitia a condenação dos manifestantes por tais práticas. Inconformada com a situação, a Procuradora ajuizou a arguição com intuito de dar interpretação conforme à Constituição e afastar o enquadramento penal para as manifestações. Argumentava que o aludido

enquadramento contrariava frontalmente a correta aplicação do dispositivo e que admitir essa hermenêutica expressava flagrante afronta ao princípio da liberdade de expressão, garantido expressamente na CRFB/1988. Em passagem colhida da exordial aforada pela PGR, pontuou-se que: “A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de idéias e o controle social do exercício do poder”. Vê-se claramente desse trecho um empenho em alçar o direito à liberdade de expressão como pressuposto caro e basilar para o Estado Democrático de Direito. Tão caro e basilar que não se admitiriam condenações advindas de manifestações pacíficas que debatessem questões corriqueiras da sociedade atual. Uma insurgência a esse debate repercutiria em restrições arbitrárias, elevando-se o risco aos direitos e garantias fundamentais e, por consequência, periclitando os alicerces do Estado Democrático de Direito.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal mais uma vez foi instado a manifestar-se acerca dos limites e da extensão da liberdade de expressão. Todos os ministros, ao proferirem os seus respectivos votos, admitiram a colisão principiológica. Entretanto, diferente do caso Ellwanger, aqui todos os julgadores escolheram os argumentos alusivos à liberdade de expressão, dando interpretação conforme à Constituição, para assinalar que, no que tocava às manifestações alusivas à liberalização de drogas, a tipificação desrespeitava os direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Magna.

Diante do exposto, mostra-se nítida a semelhança entre o que foi discutido dentro dos dois julgados. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal cuidou de definir os limites à liberdade de expressão, princípio caro ao Estado Democrático de Direito. Todavia, um aparente paradoxo se visualiza na análise desses casos. Questões de cunho moral deram a tônica dos julgamentos e

a liberdade de expressão só prevaleceu numa das duas situações, exatamente naquela ocasião em que dizer o que se pensa não foi interpretado pelos juízes como conduta torpe.

O presente Estudo de Caso cuida de expor a fundamentação utilizada pelos ministros nos dois julgados, destacando os pontos semelhantes e fazendo uma análise comparativa com o intuito de entender as peculiaridades de cada controvérsia e o porquê de serem decididos de maneira distinta.

2 “CASO ELLWANGER”: JULGAMENTO DO HC 82.424:

De pronto, cumpre analisar as razões de decidir que foram utilizadas pelos Ministros que compunham a Corte Suprema no ano de 2003, data em que houve a apreciação de Habeas Corpus impetrado por Siegfried Ellwanger, no qual o escritor foi condenado pela prática do crime de incitação ao racismo, em virtude da edição de livros reputados antissemitas.

Siegfried Ellwanger, gaúcho, editor de livros, no desempenho de suas funções, passou a editar livros, através de sua Editora. Realizando um revisionismo histórico, suas conclusões negavam a existência do Holocausto Judeu no que compreende o período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Dentre estas obras, estavam presentes: “Acabou o Gás!...”, “O fim de um mito sob o nome autoral de S.E” e “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século”.

Como consequência disto, em 1996, o editor de livros foi condenado a 2 anos de reclusão pela prática do crime de induzimento e incitação de preconceito, preceituado, à época, no art. 20 da Lei 7.716/89. Dessa maneira, lidando com um tema extremamente sensível, sobretudo no que diz respeito a matéria atinente aos direitos fundamentais, o STF foi instado à reapreciação da matéria em sede de HC.

Na fundamentação do remédio constitucional impetrado, o paciente argumentava a impossibilidade de os judeus serem considerados uma raça; seriam apenas um povo. Sob esta alegação, o autor negava a prática do crime de incitação ao racismo, de modo a pretender a desclassificação de sua conduta típica para um crime cuja prescrição da pretensão punitiva estatal já houvesse operado. Deste modo, caso o objeto do HC fosse acolhido, haveria a desclassificação da conduta criminosa para outro tipo penal, de maneira a ilidir a imprescritibilidade do crime de racismo.

O Pleno do STF travou longos debates e discussões, principalmente no que respeitava ao conceito de raça e se, realmente, o judaísmo estaria inserido nesta classificação. Além disso, indagava-se sobre o choque de dois princípios basilares preceituados nos domínios do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a liberdade de expressão e o direito a não-discriminação.

Diversas foram as fundamentações dos magistrados, tanto no sentido da concessão, quanto no sentido de denegação do HC ao paciente. Após longas discussões, pedidos de vistas, análises e reanálises, teve-se como resultado desta apreciação a votação por maioria de 8 a 3 no sentido de denegar o remédio jurídico. Nas decisões, os 8 ministros que tiveram os votos vencedores foram Maurício Corrêa, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes. Já no que se referem aos ministros que tiveram seus votos vencidos, tem-se o relator Moreira Alves, Marco Aurélio Mello e Ayres Britto.

Em se tratando dos argumentos utilizados pelos ministros que votaram pela não concessão do Habeas Corpus, merece destaque o voto do ministro Carlos Velloso (2003) que, ao fazer um apinhado histórico, pautado nos direitos e garantias fundamentais, de acordo com as Constituições em sentido lato, entendeu que o antissemitismo figurava como uma forma de racismo, apta a tornar

improcedente o pedido do autor. Além disso, apoiado no parecer emitido pelo jurista Celso Lafer (*amicus curiae*), o Ministro do STF fez análises intuitivas a respeito do conteúdo contido nos livros de Ellwanger, de modo a concluir que, diante dos termos proferidos em face da comunidade judaica, o autor possuía como principal objetivo a instauração de desigualdade e discriminação.

Digno de menção é o voto do Ministro Gilmar Mendes, cujas bases se pautaram em obras reflexivas acerca do racismo e da comunidade semita, como as de Norberto Bobbio e Kevin Boyle. Nesta linha, destacou a historicidade do conceito de racismo preceituado na Constituição Federal de 1988, concluindo que o antisemitismo pode ser considerado uma forma de racismo. Ademais, valendo-se do princípio da proporcionalidade, enfatizou o respeito necessário pela liberdade de expressão do indivíduo. Argumentou que, diante de uma sociedade pluralista, o exercício imoderado deste direito confrontaria diretamente com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, preceituados no art. 5º da Constituição Federal.

Abordando o caso diante sob outra perspectiva, a Ministra Ellen Gracie (2003), que também optou pela denegação do HC, argumentou que a definição de racismo é tormentosa, de modo que a própria Bíblia não esclarece qual o conceito cabível a esta palavra. Contudo, apesar desta imprecisão conceitual, a juíza asseverou que o argumento do autor, versando sobre a impossibilidade de o judaísmo ser considerado raça, mostrava-se frágil. Ainda assim, visualizou que a conduta escrutinada caracterizava crime de racismo. Como forma de conferir um maior embasamento ao seu voto a ministra realizou a leitura da Enciclopédia Judaica.

Os três outros votos que, de maneira semelhante, optaram pela improcedência do remédio constitucional, foram proferidos pelos Ministros Nelson Jobim, Cesar Peluso e Sepúlveda Pertence. De maneira pragmática, e questionando o próprio mérito do

raciocínio esposado pelo impetrante em seus livros, confrontaram diretamente a tese do revisionismo histórico que infirmava o holocausto. Os Ministros arguíram, ainda, o cunho discriminatório direcionado contra a comunidade judaica, entendendo que, na verdade, Ellwanger não almejava inspirar em seus leitores uma reflexão histórica acerca do ocorrido no período da Segunda Guerra Mundial, mas sim difundir propagandas racistas em se tratando da figura do povo judeu. O Ministro Sepúlveda (2003) ponderou que, em matéria de liberdade de expressão, há de serem observados limites, cuja inobservância acarreta responsabilidades cíveis e penais aptas a recair, de maneira personalíssima, na figura do indivíduo que se excede em seus pensamentos.

De maneira inovadora, o Ministro Maurício Corrêa (2003) - que, igualmente, votou pela denegação do Habeas Corpus -, fundamentou sua tese na amplitude do conceito de racismo, de modo a enaltecer seu processo de formação a partir de uma perspectiva político-social. Considerar o antissemitismo como englobado no alcance do termo, uma vez que isso se justificaria a partir da intenção do autor de praticar atos discriminatórios incentivadores do surgimento de atitudes segregacionistas por parte daqueles que teriam acesso a sua obra. Para além disso, o Ministro ainda fez um apanhado teórico, por intermédio de doutrinas, acerca dos acontecimentos históricos que, diferentemente das obras do paciente, justificariam a existência do holocausto e das perseguições à comunidade judaica.

Na mesma linha seguiu o voto de Celso de Mello (2003). Ao denegar o HC, salientou a importância que se deve conferir aos direitos e garantias fundamentais conquistados após o término da Segunda Grande Guerra, devendo, desse modo, haver uma negativa a quaisquer tipos de condutas que venham a gerar uma eventual macula à integridade e à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ressaltou os danos e as consequências afetas à comunidade

judaica, em virtude da propagação de ideologias de cunho antisemita, através do Partido Nacional Social, na Alemanha Nazista. Como complemento de sua tese, semelhantemente aos fundamentos trazidos por Pertence, versou sobre a importância dos limites a serem respeitados no que se refere à liberdade de expressão, sob pena de incidência da responsabilidade penal.

De maneira contrária, o Ministro Moreira Alves (2003), então relator do julgamento colegiado, a partir de argumentos legais e doutrinários, votou pela concessão do HC. Em sua tese, o magistrado da Corte Suprema arguiu que a legislação penal não foi exauriente no sentido da descrição da conduta típica. Assim, de maneira subsidiária, incidiria a legislação extravagante, a exemplo das Leis 7.716/89 e 8.081/90; a primeira definiu a prática dos crimes de racismo, tão somente, nos casos de preconceitos contra a raça e cor; a segunda passou a admitir a prática destas condutas delituosas nos casos de afronta a etnia, religião ou procedência nacional. Argumentou que alguns doutrinadores judeus não admitem seu povo como integrante de uma raça, razão pela qual não haveria que se falar em discriminação racial. Reunido todo este arcabouço teórico, isto seria suficiente, para a desclassificação da conduta, apta a extinguir a pretensão punitiva estatal em face de Ellwanger.

Mantendo correlação com este último, o ministro Marco Aurélio (2003), a partir de extensa fundamentação doutrinária, votou pela concessão do remédio jurídico-constitucional, baseando sua fundamentação no exercício legítimo do direito à liberdade de expressão. Partindo desta premissa, argumentou que Siegfried, na elaboração de seus livros que versavam sobre a comunidade judaica no contexto da Segunda Guerra, objetivava a demonstração de uma nova perspectiva histórica, não havendo neste acaso instigação ou incitação à prática de racismo. Na verdade, o ministro buscou estabelecer uma diferença entre o crime de racismo e o que, em tese, teria sido cometido no caso dos livros editados pelo

paciente, sendo, então, o bastante para desclassificação da conduta criminosa, de maneira a gerar extinção da punibilidade, com base na prescrição concernente a tipo penal diverso.

Por último, tem-se o voto vencido do Ministro Carlos Ayres Britto (2003). Em sua razão de decidir, o julgador optou pelo exame de um dos elementos componentes da teoria geral do crime, sendo este a tipicidade do fato. Assim, com base nos seus argumentos, tendo sido promulgada a lei de racismo em momento posterior à prática da conduta supostamente criminosa, não estaria essa apta a incidir sob a figura do sujeito Siegfried Ellwanger, devendo sua conduta, portanto, ser considerada atípica.

Consoante o exposto acima, a despeito da *ratio decidendi* utilizada por cada juiz-membro do STF, na data em que se consolidou o então julgado, pôde-se concluir pela prevalência do direito à não-discriminação em face do direito à liberdade de expressão, uma vez que, sendo o judaísmo integrante do conceito presente no tipo penal de racismo, bem como havendo limites ao direito de liberdade, segundo entendimento por maioria dos ministros, teria o editor de livros praticado atos discriminatórios em face da comunidade judaica, aptos a ensejarem a denegação do HC objeto de análise do presente estudo.

3 “MARCHA DA MACONHA”: JULGAMENTO DA ADPF 187

Cabe aqui, de maneira semelhante ao caso anteposto, perpassar pelo julgado consolidado pelo STF, no decorrer dos anos de 2011 a 2014, de modo a estabelecer análises sucintas acerca das razões de decidir utilizadas por cada ministro, no momento em que foi apreciada a presente ação de controle de constitucionalidade concentrado.

Destaca-se, precipuamente, que a referida ação levada ao Pleno do STF versava sobre o descumprimento de direitos e

garantias fundamentais preconizados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, dentre os quais, os direitos de liberdade dos indivíduos, mais especificamente, no tocante a liberdade de expressão e reunião quando diante de manifestações a favor da descriminalização do uso da maconha. Como argumento utilizado para justificar o ferimento desses, a Procuradora Geral da República (2014), à época, enalteceu a quantidade de julgados em tribunais de 1º grau que dispunham de entendimento no sentido de criminalizar tais movimentos que, em suas realizações, estariam supostamente fazendo apologia ou incitação à prática de atos criminosos, tipificado no art. 287 do Código Penal Brasileiro.

Desse modo, mais uma vez, mediante provocação, o Supremo Tribunal, diante de tema que guardava maior grau de sensibilidade em se tratando de supostas violações a direitos fundamentais, cumpriu o seu papel de Guardião da Constituição. Em apreciação que durou longos 3 anos, a Suprema Corte, por unanimidade, decidiu pela procedência da ação de descumprimento de preceitos fundamentais, entendendo de maneira majoritária pela prevalência dos aspectos da liberdade dos indivíduos em detrimento de possíveis atos de induzimento, auxílio ou instigação a prática de condutas delituosas no âmbito das manifestações de pensamento acerca da descriminalização do uso da maconha.

Quanto aos ministros que integravam a tribuna no momento do julgamento que tornou procedente, por unanimidade, a supramencionada ação, têm-se os seguintes Ministros: Celso de Mello, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Lewandowski, Ayres Britto, Ellen Gracie, Marco Aurélio e, por fim, Cesar Peluso. Nesta linha, quanto à fundamentação utilizada pelos juízes supremos, merece ênfase o voto do Ministro Ayres Britto (2014) que asseverou a importância dos debates acerca da legalização do psicotrópico, realçando que a interação dialógica não deveria se confundir com a criminalização da conduta. Ressaltou que o exercício legítimo do diálogo acerca da

liberação de drogas não incorreria em ofensa à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, as manifestações públicas versando sobre a legalização do uso da maconha estariam abarcadas pelos espectros da liberdade de reunião e expressão, as quais derivariam do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, em se tratando de um direito fundamental, os indivíduos teriam plena liberdade de associação ou reunião, desde que, para isso, agissem de maneira pacífica.

O Ministro Celso de Mello (2014) argumentou pela admissão da realização destes movimentos, vez que estariam os indivíduos em pleno exercício de seu direito de liberdade de pensamento, de modo que seu cerceamento geraria uma interferência institucional na esfera do pensamento crítico do cidadão. Nesse toar, de maneira semelhante à tese arguida pelo Juiz Ayres Britto, argumentou que a defesa pela legalização das drogas, por si só, não seria o suficiente para configurar a conduta criminosa prevista no tipo penal de apologia ou incitação à prática de fatos delituosos, prevista no art. 287 do Código Penal. O que ocorreria, na verdade, no tocante às manifestações seria o exercício legítimo do direito à liberdade de reunião, que se materializaria na livre disposição das ideias e pensamentos. Salientou, ademais, o caráter cultural do tipo de manifestação, dado que, nesse contexto, seriam realizados shows teatrais e musicais, onde o objeto de convencimento utilizado para fins de comprovação das teses liberatórias estaria pautado em palestras e seminários expositivos a respeito das drogas.

Já o Ministro Luiz Fux (2014) expressou a legalidade das condutas questionadas, desde que realizadas de maneira pacífica, sem o uso de violência ou qualquer outro meio que pudesse vir a instigá-la. Assim, o magistrado, ao estabelecer parâmetros para realização das reuniões reivindicatórias, também optou pelo afastamento da incidência do artigo do Código Penal objeto de discussão na presente ação de constitucionalidade, bem como destacou

a necessidade de informação às autoridades públicas competentes acerca das diretrizes nas quais irão se pautar tais movimentos. Estabeleceu a essencialidade de, no âmbito dessas manifestações, não se fazerem presentes crianças, tendo em vista o caráter nocivo à saúde apresentado, de modo a blindar, através desta medida, uma eventual dependência química daqueles que são menores de idade. Por fim, ainda ressaltou Fux que, em tais associações coletivas, estariam vedados comportamentos incitantes ao uso do psicotrópico, sob pena de restar desvirtuada a razão de ser do movimento.

Realizando um contraponto entre a proibição do uso da maconha e o direito à liberdade de expressão, o Ministro Marco Aurélio (2014) destacou o caráter constitucional deste último, de maneira que, apesar da ilegalidade do uso do psicotrópico, a manifestação no sentido de sua descriminalização seria incompatível com o crime previsto no art. 287 do Código Penal. Dessa maneira, apesar dos baixos índices de aceitação social, o exercício da manifestação individual de seus pensamentos possibilitaria um alto grau de realização pessoal no tocante aos indivíduos que os expressassem. Em homenagem as garantias inerentes àqueles que se encontram situados diante de um Estado Democrático de Direito, restariam assegurados o direito constitucional da liberdade de expressão, bem como o direito à liberdade de reunião no âmbito dos movimentos populares.

Por sua vez, a Ministra Carmen Lúcia (2014) trouxe à baila experiências pessoais, ressaltando que, em data pretérita à prolação de seu voto, movimentos reivindicatórios, de cunho político, não eram passíveis de serem realizados, em virtude de sua proibição. Atestou seu apreço pelas manifestações populares, trazendo à reflexão a importância de não abrir mão da liberdade em prol de causas como estas, sob pena de macular as bases do Estado Democrático de Direito. Pontuou que os movimentos reivindicatórios contribuíam para a formação do processo legislativo, no que

decidiu pela inadequação das condutas propagadas nas manifestações no tocante ao tipo penal do art. 287 do Código Criminal.

De maneira complementar, a Ministra Ellen Gracie (2014) seguiu o entendimento pactuado pelos demais colegas, de modo a afastar a aplicação do artigo do Código Penal no tocante às manifestações de descriminalização do uso da planta “cannabis”. Em seu parecer, a juíza ressaltou a sua experiência e contribuição no que se refere ao tema da descriminalização da maconha, haja vista o fato de ter integrado comissão que versava sobre legalização das drogas. Por derradeiro, expressou argumentos no sentido de prestigiar a máxima das liberdades de expressão e de pensamento como pilares de suma importância na consolidação dos direitos individuais.

O Ministro Ricardo Lewandowski (2014) fez uma análise histórica a respeito da esfera conceitual das drogas, compreendendo pela impossibilidade de eventos públicos realizados a favor da legalização da maconha figurarem como conduta apta a incitar a prática de outros delitos. Partindo dessa premissa, entendeu que tais condutas gozariam de presunção constitucional, posto que restariam exercidas nos limites intrínsecos aos direitos à liberdade de expressão e reunião, desde que para isso fossem respeitados os preceitos balizados pela própria Carta Maior de 1988. Concluiu ainda dispondo que eventuais coibições, por via institucional, em face desses movimentos, estariam eivadas de ilicitude.

Enfim, destaca-se o voto do Ministro Cesar Peluso (2014). Deliberou pelo não recaimento do tipo previsto no art. 287 do Código Penal no tocante às marchas da maconha. Segundo o ministro, em sua fundamentação, fazia-se mister reconhecer o papel cumprido pela liberdade de expressão no contexto do Estado Democrático, ressaltando que esta derivaria, diretamente, do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, preceituado constitucionalmente. Contudo, fez questão de ressaltar o respeito aos limites do exercício da liberdade, de modo que o Estado

se tornaria atuante, através da coibição, em se tratando de eventuais hipóteses onde fossem verificados abusos no usufruto deste direito constitucional.

Percebe-se, então, ao final desta análise acerca das razões de decidir dos juízes da Suprema Corte, no presente julgado, que as respectivas discussões e fundamentações jurídicas trazidas acerca da descriminalização ou não da marcha da maconha giraram em torno, basicamente, dos direitos à liberdade de expressão e reunião em face da apologia a fatos criminosos, preconizados, respectivamente, nos arts. 5º, IV, IX, XVI e 220 da Constituição Federal e art. 287 do Código Penal de 1940.

4 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS JULGADOS

Os dois casos historiados nos tópicos anteriores possuem similitudes. Assim sendo, este tópico do Estudo de Caso tem por objetivo expor de maneira mais clara os pontos semelhantes que existem na fundamentação dos julgados, através de uma análise comparativa, a fim de extrair as razões efetivas que levaram os casos, apesar da semelhança, a manifestações pretorianas distintas. Convém entender como dois julgados que possuem razões de decidir consonantes puderam originar resultados diferentes.

A pedra de toque entre os casos emerge no momento em que se tenta definir os limites e parâmetros da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro e, por consequência, alguns pontos são trazidos para o enfoque da discussão.

O primeiro desses pontos é a demonstração de uma função prática que o direito à liberdade de expressão possui. De fato, este princípio é notoriamente caro ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é exercido de maneira constante no convívio gregário. Emerge da liberdade de expressão um imperativo que facilita as condições de convivência perante o meio social.

Tal função é explicitamente exposta no voto do ministro Marco Aurélio (2003) no HC 82.424, o qual afirma que:

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

É nítido, através desse trecho do voto do Ministro, que o princípio da liberdade de expressão detém diversas facetas e uma delas é justamente o seu valor instrumental. Na prática, uma das funções da liberdade de expressão no dizer do notável magistrado é conceder uma proteção à autonomia da comunidade política e, por consequência, da soberania popular, uma vez que a comunidade política democrática somente se faz através da vontade do povo que surge mediante esta soberania. *A posteriori*, o Ministro Marco Aurélio (2014), agora já em sede da ADPF 187, novamente traz à baila a ideia de valor instrumental da liberdade de expressão. Entretanto, desta vez faz tal análise sob uma nova perspectiva, definido que: “A defesa da liberdade de expressão também pode ser fundamentada na autonomia individual do ser humano. Ao expressar publicamente opiniões e pensamentos próprios, o indivíduo vale-se da liberdade como instrumento para o desenvolvimento da personalidade”. Igualmente ao primeiro julgado, o notório jurista realçou a noção do valor instrumental em seu voto. Contudo, no voto da ADPF nota-se uma visão um pouco diferente, uma vez que ele trata a liberdade de expressão dentro de um ponto de vista “mais micro”, no sentido de que cada pessoa se faz valer deste direito fundamental para expressar pensamentos e opiniões particulares, desenvolvendo uma autonomia individual da sua

personalidade própria. No HC a perspectiva é demonstrada como um todo, ou seja, o valor instrumental é quisto pela comunidade política, o que denota um teor ampliativo para tal valor.

Em um segundo ponto, os dois casos se interligam de uma maneira irretorquível, uma vez que se levanta durante os debates o ponto de maior importância dentro da discussão dos limites que podem ser impostos à liberdade de expressão. Ou seja, a consideração de tal noção é tão relevante que é a partir dela que se gera toda a circunspeção e meticulosidade para que os limites restritivos do princípio ora debatido não sejam arbitrariamente ultrapassados.

Essa importante noção pode ser intitulada como a garantia do estabelecimento do Estado Democrático de Direito através do exercício pleno da liberdade de expressão. Tal conceito surge mais uma vez por meio do voto do ministro Marco Aurélio (2003) no julgamento do “Caso Ellwanger”, embebido desta noção ele conclui:

[...] que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas [...]. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária.

É de clareza solar no teor da declaração do então Ministro que a livre expressão garante de modo pacífico a existência do Estado Democrático de Direito. Uma vez que mediante a proteção deste direito, o pluralismo opinativo e ideológico é preservado no sentido de que nenhuma opinião será suprimida única e exclusivamente pela vontade arbitrária da maioria da sociedade.

Dentro do caso da “Marcha da Maconha”, o ministro-relator do julgado Celso de Mello (2014), manifestou-se em intrínseca consonância com o disposto acima, dado que para ele:

A livre circulação de idéias, portanto, representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “*mainstream*”, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

Portanto, não restam dúvidas de que o direito à liberdade de expressão, assegurado e exercitado de maneira plena, contribui grandemente para a consolidação da democracia, visto que, com sua preservação, todas as ideias e pensamentos podem ser debatidos de modo que o pluralismo político é albergado.

Ante o exposto, é notório que os julgados reconheceram a suma importância que o direito à liberdade de expressão possui em uma sociedade plural e democrática. Entretanto, algumas ressalvas são feitas ao logo das discussões e a que mais se destaca, uma vez que fora tratada nos dois casos, é a percepção de que todo princípio, em especial à liberdade de expressão, não configura um direito absoluto. Ou seja, mesmo que o vetor da discussão seja fundamental para o Estado Democrático de Direito, não pode ser quisto de modo irretido e incondicional, uma vez que não se admite a sua utilização de modo abusivo e arbitrário. Tal entendimento é fatalmente descrito no voto de quase todos os ministros, remete à técnica de sopesamento valorativo trabalhado com profundidade por Robert Alexy, mas não fica imune a críticas, pois, para alguns, constitui uma válvula de escape para que o juiz possa direcionar sua decisão de inúmeras maneiras, notadamente quando o argumento de cunho moral entra em cena. Consoante Kaufmann (2011, p. 212-214):

Se o Direito é moral e os princípios constitucionais nada mais são do que orientações morais ou de correção, as decisões do Supremo Tribunal Federal acabam por realizar a tarefa deslocada de ‘eleger’ (não julgar) um padrão de moralidade que, a princípio, está totalmente apartado de qualquer apelo democrático ou justificativa institucional. Se o ofício do tribunal é o de trabalhar necessariamente por uma pauta moral, melhor seria que os juízes fossem eleitos pelo povo. [...]. Tanto sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais quanto pelo olhar do neoconstitucionalismo, o discurso constitucional praticado no Brasil acaba por ser antidemocrático sob um aspecto duplo: coloca o Judiciário, o juiz e o jurista no centro das decisões políticas (afastando a autoridade democrática do Parlamento) e força o império da vigência de uma visão moral da sociedade, não a visão majoritária, mas a visão moral do Judiciário, do juiz e do jurista.

Em um primeiro momento, no HC 82.424, o já citado ministro Marco Aurélio (2003), sintetiza de maneira tangente esta abordagem:

Aditamos que, por conta de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão seja passível de limites quanto ao exercício [...] mesmo formando o núcleo essencial do princípio democrático, não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição ou acomodação. É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão.

Pois bem, no pensar do ministro, o aludido princípio é detentor de uma dimensão social, a qual possibilita de maneira clara a sua restrição. Assim sendo, mesmo que a liberdade de expressão garanta o pleno estabelecimento de padrões democráticos, esta não pode ser observada dentro de uma perspectiva irrestrita que abriria riscos a uma utilização de modo totalmente abusivo. Nesse mesmo sentido, encontra-se o ministro Luiz Fux (2014) que em seu voto na ADPF 187 apensou que:

[...] como outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, conjugados na hipótese apreciada neste processo, não serão absolutos, encontrando limites diretamente na colisão com outras normas constitucionais ou na lei, hipótese em que se avaliará o conflito entre as liberdades fundamentais e as normas constitucionais que servem de fundamento à restrição legal.

Ou seja, o Magistrado elucida a noção de que a liberdade de expressão não constitui direito absoluto. Destarte, como ele expõe, dentro do ordenamento jurídico brasileiro todos os princípios constitucionais podem ser restringidos em detrimento de outros. Isso acontece justamente quando há um choque entre dois ou mais destes princípios, os quais serão analisados detalhadamente caso a caso para saber qual prevalecerá na situação concreta específica. Essa técnica de ponderar no jogo das casuísticas confere à jurisdição constitucional um poder discricionário monumental, possibilitando que casos com idênticas ou assemelhadas causas de pedir possam ter respostas diversas. Cavalcante Filho (2020, p. 82-83) se debruçou acerca dessa controvérsia, tendo a seguinte impressão:

Nesse sentido, a própria utilização do juízo de ponderação para decidir uma questão de enquadramento típico penal é bastante controversa. Com efeito, levando-se em conta a ideia de certeza da lei penal (uma consequência do princípio da estrita legalidade), há um grave déficit de segurança jurídica (e, por conseguinte, de limitação ao *jus puniendi*) quando o enquadramento de uma conduta como crime depender de um juízo de ponderação, não de subsunção. [...]. Vale ressaltar que, embora o caso Ellwanger tenha se tornado paradigma nas discussões sobre o caso, não se pode afirmar a existência de uma verdadeira jurisprudência do STF em tema de *hate speech*, uma vez que julgou apenas um caso isolado; a decisão foi tomada por maioria (8x3), e muitos dos Ministros que denegaram o *writ* já estão aposentados (a

composição da Corte mudou radicalmente, de 2003 até hoje). Basta que se advirta que, posteriormente, no julgamento da ADPF 187/DF (caso Marcha da Maconha), a Corte, com outra composição, considerou – por unanimidade – que defender publicamente a descriminalização das drogas não se confunde com fazer apologia ao crime ou incitar a prática de delitos. Aparentemente, a lógica aqui é bem diversa do que foi decidido em Ellwanger, quando a publicação de um livro foi considerada incitação.

Nessa toada, os dois julgamentos apresentados demonstram uma grande consonância entre os argumentos utilizados pelos ministros, o que gera uma incógnita relevante quando se tenta definir o porquê das respostas diferentes, o porquê de, em um dos casos, a liberdade de expressão prevalecer, e no outro fraquejar. Expõe-se aqui trecho da ementa do HC 82.424 (2003), a qual revela resumidamente o argumento geral que permeou o argumento dos ministros vencedores no julgado:

O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o ‘direito a incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra à honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Conforme tudo o que já foi exposto, a maioria dos Ministros, no caso Ellwanger, entendeu que a conduta do paciente denotava cunho discriminatório/racista. Assim sendo, no entendimento dos magistrados, a livre expressão não abarcaria em seu teor ‘a incitação ao racismo’, em virtude de esta ser uma conduta ilícita, na exata medida em que fomentaria a prática de delitos voltados à segregação. Já no caso da manifestação pela liberação da maconha, o aspecto de se incentivar a prática delitiva, já que o artigo

28 da Lei 11.343/2006 ainda continua criminalizado, foi menosprezado. Ou seja, na impressão do STF, a simples manifestação pela liberalização da maconha não repercute na incitação ao consumo de drogas, mas a escrita que, revisitando fatos históricos, nega o holocausto contra o povo judeu – ainda que a abordagem literária esteja construída com base em impressões equivocadas – incita ações antissemitas.

Há apenas uma conclusão possível se idênticas ou assemelhadas razões conduzem a soluções diversas. E a explicação é a derrocada do direito pelo código moral, a solução jurídica encampada a partir do politicamente correto ou dos móveis que encontram eco em setores prestigiados da sociedade. O princípio da colisão entre princípios, fortalecido pela máxima da dignidade humana, concede à jurisdição constitucional um poder quase inabalável de proferir quaisquer tipos de decisão, prejudicando a segurança jurídica e afetando a ideia de integridade sistêmica. Conforme pondera Neves (2019, p. 199-200):

Cada ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. É incomum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis. Como se orientar em futuros casos com base em um acórdão confuso e, eventualmente, contraditório em seus fundamentos? Mas a questão não se refere apenas a essa forma de tomada do voto e de lavramento do acórdão (que fica praticamente a cargo do relator ou, quando este é vencido, do revisor). Há também pouca clareza e consistência na posição da Corte como um todo e de alguns juízes em especial, com variações de caso a caso. Evidentemente, a jurisprudência, inclusive

consolidada, pode ser modificada, mas isso exige certa sobrecarga argumentativa e, especialmente, transparência, deixando-se clara a mudança de orientação. A maleabilidade, no âmbito da qual as mitigações são frequentes e a ‘exceção’ pode tornar-se a ‘regra’, é prejudicial à força normativa da Constituição e à autoconsistência constitucional do direito. Essa maleabilidade, em certas situações hiperpolitizadas, pode servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da perspectiva oposição.

Por isso, a alegação de que o descompasso entre as decisões reside no fato da mudança de alguns ministros na composição da Corte não parece uma justificativa razoável. A ideia de integridade, que ganhou fama a partir dos ensinamentos de Dworkin (1999, p. 203), espelha-se na pressuposição de que a história dos julgamentos de uma nação deve respeitar o passado constitucional, não sendo lícito que as gerações subsequentes de julgadores simplesmente ignorem o quanto decidido por seus antecessores em casos análogos:

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

Para o jurisdicionado que contempla o direito como uma estrutura homogênea, coesa e que não se contradiz pelos próprios termos, fica difícil compreender por que só se fala em incitação ou apologia ao crime naquelas hipóteses em que a tipificação dada pelo legislador não satisfizer o espectro do politicamente correto. E a grande discussão desemboca num problema de harmonia entre os Poderes Republicanos. Ao fim e ao cabo, o enfrentamento do politicamente correto incumbe ao Judiciário ou ao Legislativo?

5 CONCLUSÃO

Este estudo de caso comparou dois julgamentos paradigmáticos proferidos pelo STF: o caso Ellwanger e a marcha pela liberalização da maconha.

O Supremo Tribunal Federal delimitou de modo elucidativo a importância da liberdade de expressão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, reputando-a verdadeiro vetor de impacto para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, para a viabilidade de uma sociedade plural, aberta à construção das mais variadas formas de pensamento.

Entretanto, há uma ressalva delimitadora inserida em ambos os debates: idênticas ou assemelhadas razões argumentativas ensejaram soluções diversas em cada caso. Pautando-se na ideia de que nenhum direito é absoluto, o STF modulou o uso da liberdade de expressão consoante uma pauta moralizante. Para o caso de Ellwanger, entendeu que a livre manifestação do pensamento incitava à perpetração de delitos antissemitas; para o caso da marcha pela liberalização da maconha, entendeu que não havia apologia delituosa, priorizando a liberdade de crença.

A conclusão é de que o fator moral constitui uma imponente *ratio decidendi*. Os precedentes são constituídos por razões que exorbitam o direito posto, focam no politicamente correto e se

justificam com base numa ponderação principiológica que fundamenta decisões em sentidos diametralmente opostos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. [Decreto-Lei 2.848 (1940)]. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 82.424**. Rel. Maurício Corrêa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 01 maio 2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. HC 82.424/RS (Racismo): a bíblia, o genoma e o holocausto; ou quando o STF “inventou” um dos poucos tipos de racismo que não havia no Brasil. In: **Decisões controversas do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KAUFMANN, Rodrigo. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBTQIAPN+ NO SISTEMA SÓCIO- POLÍTICO E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA¹

INTRODUÇÃO

O palco dos Direitos Humanos, no contexto dos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, desemboca como uma forma de reação ao retrocesso, ao discurso de ódio, abrindo as cortinas para uma sociedade plural e crítica, tendo a dignidade da pessoa humana como protagonista e o postulado da proporcionalidade e da felicidade como roteiro.

A tutela que deve ser conferida aos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+ coroa um direito fundamental, bem como faz parte do extenso catálogo dos direitos humanos, sendo o núcleo irradiante na qual repousa o Constitucionalismo LGBTQIAPN+, tanto em âmbito interno quanto em âmbito internacional.

Sob as lentes do direito à busca da felicidade plena e o direito à igualdade de tratamento, este artigo, por meio de uma análise qualitativa, perpassa num primeiro momento sobre as discussões acerca da pauta da diversidade sexual e de gênero, sublinhando a diversidade da comunidade LGBTQIAPN+, na busca por uma

¹ Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhangüerra-Uniderp. Advogado. Professor. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Assessor de Magistrado.

harmonia nacional, despida de intolerância, de racismo e de preconceito.

Após, o presente trabalho visa demonstrar a existência de instrumentos internacionais que coíbem a violência sobre a população LGBTQIAPN+ e reafirmam a defesa do pluralismo, ao destacar a importância da Opinião Consultiva n. 24/2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Princípios de Yogyakarta.

Destaque-se, ainda, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto porta-voz das minorias, ao julgar a ADI nº 4.277, a ADPF nº 132, o Recurso Extraordinário nº 846.102, a ADPF nº 527, a ADI nº 5.543/DF, e, mais recentemente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.

Ao concluir, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, que até que advenha lei do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização de sede constitucional, as condutas homofóbicas e transfóbicas que envolvam aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero, por representarem formas de racismo, em sua dimensão social, adequam-se, por identidade de razão e por meio de subordinação típica, aos preceitos primários de incriminação delineados na Lei nº 7.716/1989, o STF reafirmou a sua alma vanguardista, iluminista e contramajoritária.

1. O PALCO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DOS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+ FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO CAMUFLADO NUMA SOCIEDADE PLURAL: VEDAÇÃO AO RETROCESSO, PROPORCIONALIDADE E CRÍTICAS.

Na canção intitulada “A queda”, Daniel Garcia Felicione Napoleão, cantor, rapper, compositor, *drag queen* e dublador brasileiro, popularmente conhecido por seu nome artístico, Gloria

Groove, declama: “(...) Respeitável público, um show tão maluco, Essa noite vai acontecer, aqui a gente vai armar, Um circo, um drama com perigo, E nessa corda bamba quem vai caminhar sou eu (...)” (GROOVE, 2021).

Muitas das vezes os integrantes do grupo LGBTQIAPN+ foram vistos como um “show maluco”, alvo de piadas, vítimas de humor ácido, irônico, estigmatizante, num espetáculo montado pela própria sociedade em que viviam e conviviam, o que *de per si* gerava violência, exclusão, discriminação, racismo e, por conseguinte, não se enquadravam no conceito do “respeitável público”.

Todavia, o palco da vida encena que todas as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos e ostentam igual capacidade de autodeterminação no que tange às suas orientações pessoais de ordem afetiva e amorosa, primordialmente no que tange à sua vivência homoerótica. Não há nada de circo ou drama de perigo nessa jornada.

Absolutamente ninguém, nessa corda bamba alinhada pela sociedade hodierna, a qual se espera que se viva sob o manto de uma ordem democrática e justa, pode ser tolhido de seus direitos, entre os quais destacamos o direito à busca da felicidade plena e o direito à igualdade de tratamento que a Carta Mãe e as leis da República preveem às pessoas de modo geral, ou tolerar qualquer delimitação em sua órbita jurídica em virtude de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

É por isso que a concretização de uma garantia segura aos membros do grupo LGBTQIAPN+, por meio da posse e exercício de uma cidadania efetiva e integral reflete tanto à sua condição quanto também às suas orientações pessoais, o que pode representar, nestes tempos de circo, drama e corda bamba, em que as liberdades e direitos fundamentais das pessoas são vítimas da fúria de mentes sombrias e retrógradas do “respeitável público”, a distinção basilar entre civilização e barbárie.

O *hate speech*, ou discurso de ódio, assim entendido como exteriorizações e manifestações que induzam a discriminação, que instiguem a hostilidade ou que disseminem a violência física, moral, psicológica ou patrimonial em desfavor de pessoas em virtude de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não possui respaldo na liberdade de expressão trazida no Texto Constitucional nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, §5º), que categoricamente o rejeita.

Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton dos Santos, ao tratarem sobre o discurso do ódio, o qualificam como:

(...) manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição. (SCHÄFER, 2015, p. 149-150).

Partindo dessas premissas, afere-se que:

A intolerância política e religiosa tem motivado, um grande número de manifestações de ódio pelo mundo. Como exemplo temos: nos EUA, uma intensa polarização entre republicanos e democratas, ou no Brasil, entre petistas e antipetistas, ou ainda conflitos entre muçulmanos e judeus, no Oriente Médio, e protestantes e católicos, na Irlanda do Norte [...] A homofobia igualmente é forma comum através da qual o hate speech se exterioriza, sob o discurso discriminatório em face de quem ostente orientação sexual diversa

da heterossexualidade. Não é de se confundir o discurso do ódio com a mera discordância em razão de determinadas pautas defendidas por grupos LGBTQI+, como a união civil homoafetiva e o consequente reconhecimento de direitos sucessórios e previdenciários. (PERES, 2022, p. 51).

Apresentado o contexto acima, nota-se que a sigla LGBTQIAPN+, no panorama das discussões nacionais e internacionais acerca da pauta da diversidade sexual e de gênero, tem sido empregada para se referir a comunhão global das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, além de tantas outras estabelecidas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.

Com a maestria que lhe é peculiar, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, no julgamento da ADO 26/DF, a qual trataremos posteriormente, explica que:

A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização, no Brasil, em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome que o acrônimo LGBT adquiriu no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas, especialmente com o propósito de fazer incluir, em sua definição, as pessoas que se identificam como “queer” (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI), as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+). (BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, p. 7).

Vislumbra-se, portanto, que a comunidade LGBTQIAPN+ nem de longe caracteriza-se como uma coletividade homogênea, revelando-se, de forma nuclear, pela diversidade de seus integrantes, por ser formada pela reunião de pessoas e grupos sociais diversos, apresentando acentuado grau de distinção entre si, embora se encontrem jungidos por um denominador comum: a vulnerabilidade potencializada por medidas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais e humanos.

Construído este raciocínio, é digno de nota sublinhar que a existência dos Direitos Humanos, de uma forma geral, é explicada, segundo a doutrina mais abalizada, por duas correntes principais. A primeira delas, a corrente Jusnaturalista, acredita na existência de um corpo de normas vinculantes anterior e superior ao conjunto de normas estabelecido pelo Estado, ou seja, um direito preexistente, de origem religiosa ou contratualista, o qual encara os Direitos Humanos como algo atemporal e inerente à natureza dos homens.

Ao passo que a corrente Positivista, oriunda das revoluções oitocentistas, inseriu os Direitos Humanos no conjunto de normas postas pelo Estado, sendo algo positivado no corpo das leis e da constituição, de forma coerente e hierarquizada.

Côncio dessa primeira diferenciação, André de Carvalho Ramos elenca quatro pilares para conceituar o que são os direitos humanos: o pilar da universalidade preconiza que todo ser humano tem direito a ter direitos; o pilar da essencialidade afirma que os direitos humanos são direitos imprescindíveis para que todo ser humano tenha uma vida digna; já o pilar da superioridade normativa estabelece que os direitos humanos ostentam um *status* distinto e superior em relação à legislação ordinária; e, por fim, o pilar da reciprocidade orienta que os seres humanos têm direitos entre si, os quais devem ser observados, fielmente, pelo Estado (CARVALHO RAMOS, 2018).

Por esse viés de análise, afere-se, ainda, que os direitos humanos não se confundem com os direitos fundamentais. Os primeiros são previstos em tratados e convenções internacionais, ao passo que os segundos estão positivados nas Constituições dos próprios Estados. Embora ambos possam ser exigidos tanto no plano interno quanto no plano internacional, o que nos leva a concluir, inicialmente, que a diferenciação entre um e outro repousa não no *locus* da exigibilidade, mas sim no *locus* da normatividade.

Observa-se aqui que a proteção que deve ser conferida aos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+ representa um direito fundamental, bem como faz parte do extenso catálogo dos direitos humanos, sendo a pedra angular na qual repousa o atual Constitucionalismo LGBTQIAPN+, enquanto movimento social, político, econômico, histórico, cultural, doutrinário e principiológico.

Acrescenta-se que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais também podem sofrer limitações, o que, sem sombra de dúvidas, cristaliza um gritante paradoxo, pois ao mesmo tempo em que limitam os poderes dos Estados, evitando abusos, também podem sofrer limitações por estes, desde que proporcionais e que não provoquem discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

Marcelo Novelino sublinha que a expressão “limites dos limites”, utilizada para justificar às limitações aos direitos fundamentais, por meio de condições materiais e formais, foi empregada pela primeira vez por Karl August Betterman, numa conferência realizada em Berlim, no ano de 1964, em que sustentou que o limite formal aparece quando se exige uma lei para que a limitação ocorra de forma legítima, momento em que o princípio da reserva legal floresce integralmente e propicia uma “zona de proteção formal” dos direitos que almeja limitar. (NOVELINO, 2016).

Noutro giro,

(...) Ao lado desta exigência de caráter formal, existem requisitos materiais a serem observados com o intuito de assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da constituição, dentre os quais, o princípio da não retroatividade, o postulado da proporcionalidade, o princípio da generalidade e abstração e o princípio de proteção do núcleo essencial (...) (NOVELINO, 2016, p. 291)

É válido acrescentar ainda as teorias absoluta (interna) e relativa (externa) na temática referente às restrições aos direitos humanos e fundamentais, as quais ganham relevo quando o tema é a comunidade LGBTQIAPN+.

Pela teoria absoluta (interna), o limite observado para cada restrição seria visto, de forma abstrata, desde logo, sem a necessidade de analisar cada caso concreto, pois o conteúdo nuclear do direito era visto pela sua simples redação, a qual já seria capaz de diferenciar os elementos ditos por essenciais dos não essenciais e, dessa forma, pontuar seus limites de atuação. (CARVALHO RAMOS, 2018).

Ao passo que pela teoria relativa (externa), a análise concreta e individual do caso merece especial atenção, sendo uma análise baseada na proporcionalidade, porquanto a raiz basilar do direito não é preestabelecida, mas modelável segundo as diretrizes da situação posta em debate aliada a um juízo de proporcionalidade com os outros direitos que eventualmente se manifestem em rota de colisão. (CARVALHO RAMOS, 2018)

Mas, estabelecer limites na edificação e tutela da dignidade da comunidade LGBTQIAPN+ representaria, hoje, um grande retrocesso, porquanto o próprio reconhecimento da igualdade e da liberdade dessas pessoas ainda encontram blindadas barreiras.

Afinal, a proibição do retrocesso, também chamada de efeito *cliquet*, nas lições de Ravênia Márcia de Oliveira Leite, primordialmente em torno de minorias, representa:

A expressão — efeito cliquet é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de “*effet cliquet*”) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. (LEITE, 2009)

Além disso, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que:

(...) a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5o, § 1o, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2012. p. 457).

Dito isso, acrescentamos aqui que todas as conquistas alcançadas pela comunidade LGBTQIAPN+ não podem ser limitadas

com discursos e medidas que se dizem politicamente corretos e em prol da família e de Deus, os quais enaltecem o ego patriarcal e desrespeitam o ser humano, enquanto gente, enquanto pessoa.

Por esse viés, é imperioso afirmar, agora mais do que nunca, que ninguém pode ser diminuído em seus direitos nem sofrer qualquer tipo de restrição de cunho jurídico por razão de sua orientação sexual ou, ainda, em virtude de sua identidade de gênero.

Isso traduz que os integrantes da comunidade LGBTQIAPN+ possuem o direito de receber igual proteção da legislação infraconstitucional e do aparato político-jurídico consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, revelando-se preconceituoso e ditatorial qualquer argumento ou medida que dissipe, que discrimine, que estimule a intolerância, que aqueça o desrespeito e que desigule os indivíduos em decorrência de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, como já revelado em linhas anteriores.

Registre-se que essas considerações, mais do que simples proclamações retóricas, personificam o reconhecimento, que floresce do jardim das liberdades públicas, de que o Estado não pode e nem deve suportar comportamentos, bem como apresentar diretrizes normativas e discursos demagogos que estimulem, por efeito do seu alto teor discriminatório, a exclusão social, cultural, econômica e jurídica de grupos minoritários, que fazem parte do tecido nacional.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da proporcionalidade desemboca aqui como importante território de análise interpretativa, sendo um princípio mestre em situações de confronto de valores constitucionalmente e internacionalmente estabelecidos, cujo parâmetro de atuação ressoa em três elementos principais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda dentro do terreno fértil do princípio da proporcionalidade, é válido ressaltar que a doutrina alemã apresenta duas

subdivisões para o seu estudo mais aprofundado, isto é, a) a proporcionalidade como proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proporcionalidade como proibição à proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*).

Fecundado este raciocínio, André de Carvalho Ramos pondera:

(...) O princípio da proporcionalidade possui ainda uma dimensão positiva, que consiste na proibição da proteção insuficiente (ou deficiente) a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*). Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico. Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de controle da promoção a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem função dúplex: serve para que se analise eventual “restrição em demasia”, mas também serve para que se verifique se houve “proteção deficiente” dos direitos. No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3o da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos” (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 138.)

Côncio disso, todas as políticas públicas que vem sendo desenvolvidas, bem como todas as decisões vanguardistas

tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na proteção da comunidade LGBTQIAPN+ cristaliza a proporcionalidade como proibição à proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*) e reverbera na construção de uma dignidade da pessoa humana igualitária, sem ares apenas filosóficos e doutrinários, mas concretos, palpáveis, mesmo que ainda de forma embrionária, no dia a dia.

Nessa perspectiva, o Ministro Celso de Melo afirma:

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. (BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, p. 77).

Vê-se daí que a busca por uma harmonia nacional, despida de intolerância, de racismo, de preconceito em relação aos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, constitui matriz essencial para valorizar a diversidade, legitimando o pluralismo, o debate democrático, enfatizando-se que cabe:

(...) ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos

postulados que informam o próprio conceito de República. Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade. (BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, p. 154).

2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA DEFESA DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+

Logo tempo depois de completar a maioridade, o século XXI ainda presencia comportamentos racistas e preconceituosos, oxigenados claramente com discursos de ódio e senso de superioridade, posicionando a comunidade LGBTQIAPN+ num patamar inferior e muitas das vezes invisível para o exercício de direitos e proteção em geral.

Abaixo citaremos, exemplificativamente, o gritante número de notícias que varrem as manchetes nacionais diariamente e revela uma sociedade covarde, imatura e despreparada. Vejamos:

“Assassinatos de pessoas LGBTI+ crescem 44% em SP, segundo relatório” (G1, 2022)

“1,7 mil LGBTQIA+ foram vítimas de agressões físicas em 2021; 8 estados não têm dados sobre o tema” (G1, 2022)

“Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo” (RADIO SENADO, 2018)

“Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS.” (CARTA CAPITAL, 2020)

“Casal fica sem chope e alega homofobia: ‘Não quero gay no meu bar’.” (UOL, 2022)

“Com dados escassos, estupros de LGBT+ aumentam 88% em um ano”. (YAHOO, 2022)

A enchente de notícias na imprensa, nesse quadro inadmissível de violação aos direitos humanos, deixa clara a distância existente entre sociedade e direito.

Ora, o brocardo jurídico *Ubi societas, ibi jus*, ou seja, “Onde está a sociedade, está o Direito”, enfatiza a interdependência existente entre este binômio, o que evidencia a ligação umbilical que a evolução do corpo social rege na construção política, econômica, social e jurídica hodierna, reverberando o pluralismo, o fascínio, ou o retardo, da ciência jurídica dentro dessa imprescindível mutabilidade veloz.

Todavia, o cenário que se descortina dentro do arcabouço social, como visto em linhas anteriores, revela uma sociedade que banaliza o mal homofóbico e transfóbico, que camufla a diversidade “em nome da moral e dos bons costumes”.

Nesse sentido, a realidade demonstra um crescimento estatístico nas diversas formas de agressão cometidas em face da comunidade LGBTQIAPN+, motivadas, primordialmente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, o que denota um comportamento racista² em face dessa minoria, a qual destoa do padrão hétero-normativo que domina a “respeitável” sociedade brasileira.

A partir desse cenário, observa-se que falar da população LGBTQIAPN+ engloba o entendimento do conceito de minoria perante esse dinamismo constante da sociedade. Mas o que seria esta minoria dentro de um Estado Democrático e Social de Direito? Para responder esta indagação, Canotilho assevera que:

(...) Minoria será fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não

2 No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, o Supremo Tribunal Federal enquadrou homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.

dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas, que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação de igualdade de facto e de direitos com a maioria. (CANOTILHO, 2010, p.387)

A definição de minoria, todavia, não reflete apenas um conceito jurídico, como visto acima, mas é dotada de uma amplitude sociológica e antropológica profunda, que visa tirar o manto da invisibilidade que recai sobre os variados agrupamentos humanos que incidem neste conceito, fazendo com que questões culturais e históricas sinalizem a vulnerabilidade desses grupos minoritários e anseiem por um debate moral consciente.

É certo que, nos últimos anos, houve um enorme avanço no reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis, o que reflete o abandono de práticas arcaicas de um sistema ainda colonial e discriminatório. Dentro desses grupos, podemos citar como seus integrantes: a) ciganos; b) crianças e adolescentes; c) indígenas. d) mulheres; e) negros; f) população de rua; g) portadores de deficiência; h) idosos.

Dessa forma, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a adoção de regras inclusivas, por meio da promoção de políticas públicas e prestação de serviços públicos, celebra a efetivação de direitos humanos fundamentais dos grupos minoritários. Efetivação esta que deve ocorrer tanto no plano interno quanto no plano internacional.

Por essa perspectiva, no plano interno, citamos, por exemplo, a Resolução do CNJ n. 348, de 13/10/2020, a qual estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Em seu artigo 2º, a Resolução do CNJ preconiza os seus objetivos, quais sejam: I – a garantia do direito à vida e à integridade física e mental da população LGBTI, assim como à sua integridade sexual, segurança do corpo, liberdade de expressão da identidade de gênero e orientação sexual; II – o reconhecimento do direito à autodeterminação de gênero e sexualidade da população LGBTI; e III – a garantia, sem discriminação, de estudo, trabalho e demais direitos previstos em instrumentos legais e convencionais concernentes à população privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitoração eletrônica em geral, bem como a garantia de direitos específicos da população LGBTI nessas condições.

Ademais, a mencionada Resolução traz alguns termos, baseada no glossário das Nações Unidas, que devem ser conhecidos por todos nós, com o escopo de evitar comentários e debates leigos e que aos olhos da população LGBTQIAPN+ são visualizados como discriminatórios, preconceituosos, racistas, imorais e retrógrados. Vejamos:

Art. 3º Para fins desta Resolução, e com base no glossário das Nações Unidas, considera-se:

I – transgênero: termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero cujas aparências e características são percebidas como atípicas – incluindo pessoas transexuais, travestis, cross-dressers e pessoas que se identificam como terceiro gênero; sendo:

- a) mulheres trans: identificam-se como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram;
- b) homens trans: identificam-se como homens, mas foram designados mulheres quando nasceram,
- c) outras pessoas trans não se identificam de modo algum com o espectro binário de gênero; e
- d) que algumas pessoas transgêneras querem passar por cirurgias ou portoterapia hormonal para alinhar o seu corpo com a sua identidade de gênero; outras, não;

II – intersexo: pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino; considerando que:

a) essas características podem ser aparentes no nascimento ou surgir no decorrer da vida, muitas vezes durante a puberdade; e

b) pessoas intersexo podem ter qualquer orientação sexual e identidade de gênero;

III – orientação sexual: atração física, romântica e/ou emocional de uma pessoa em relação a outra, sendo que:

a) homens gays e mulheres lésbicas: atraem-se por indivíduos que são do mesmo sexo que eles e elas;

b) pessoas heterossexuais: atraem-se por indivíduos de um sexo diferente do seu;

c) pessoas bissexuais: podem se atrair por indivíduos do mesmo sexo ou de sexo diferente; e

d) a orientação sexual não está relacionada à identidade de gênero ou às características sexuais;

IV – identidade de gênero: o senso profundamente sentido e vivido do próprio gênero de uma pessoa, considerando-se que:

a) todas as pessoas têm uma identidade de gênero, que faz parte de sua identidade como um todo; e

b) tipicamente, a identidade de gênero de uma pessoa é alinhada com o sexo que lhe foi designado no momento do seu nascimento. (BRASIL. RESOLUÇÃO CNJ n. 348/2020).

Nessa amálgama de raciocínio, percebe-se a diversidade que gira em torno do assunto em comento, o que, sem sombra de dúvidas, permite entender a importância do diálogo que deve ser desenvolvido entre as diversas instituições que compõem o espaço organizacional brasileiro, bem como o espaço internacional, visto que a proteção da comunidade LGBTQIAPN+ é um assunto de caráter planetário e, diga-se de passagem, com raízes de debate sério e reconhecimento ainda recentes.

Isso revela o fato de não existir ainda nenhum tratado que assegure a proteção jurídica da população LGBTQIAPN+. Todavia, existem dois atos normativos muito importantes na órbita internacional que merecem ser destacados: a Opinião Consultiva n. 24/2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e os Princípios de Yogyakarta.

A Opinião Consultiva n. 24 movimentou as organizações da sociedade civil, as instituições de defesa dos direitos humanos e os próprios países participantes da Convenção Americana de Direitos Humanos acerca dos direitos da população LGBTQIAPN+, principalmente, no que concerne aos direitos ao nome e aos direitos patrimoniais oriundos da formação de uma unidade familiar.

Na mencionada Opinião Consultiva, a Costa Rica indagou se a proteção prevista nos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos abarca o direito à alteração do nome da pessoa, segundo a identidade de gênero. Questionou ainda acerca da (in)convencionalidade da lei civil costarriquenha que exige da pessoa que almeja alterar seu nome, por razões de identidade de gênero, a ajuizar uma demanda judicial com esta finalidade.

O artigo 11.2 do Pacto de São José da Costa Rica preconiza que: “(...) ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação (...)” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ao passo que o artigo 18 menciona o direito ao nome, estabelecendo que “(...) toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário(...)” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Por sua vez, o artigo 24 da Convenção Americana evidencia que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte,

têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Alicerçada nesses preceitos normativos, a Opinião Consultiva nº. 24/2017, descartou a necessidade de qualquer entrave judicial ou intervenção corporal médica como condição para a modificação do nome e o reconhecimento do direito à identidade de gênero.

Ora, uma simples sentença judicial não detém o condão de definir o gênero de uma pessoa, assim também como não pode criar obstáculos para a autoidentificação consubstanciada em “observações fenomênicas do mundo” ou “princípio da veracidade”, uma vez que essas expressões já contém em si um peso de discriminação e uma denominação obtusa acerca do que seria identidade de gênero, confundindo-a com a própria genitália masculina ou feminina percebida no instante do nascimento (TRAVASSOS, 2018).

Na dita Opinião Consultiva, a Corte Interamericana ratificou que a alteração do nome e da imagem registrais segundo a identidade de gênero autopercebida é um direito enraizado no artigo 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), qual seja: direito ao nome.

Ademais, esta condição ainda se encontra sob o escudo protetivo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º, CADH); do direito à liberdade (artigo 7.1) e do direito à vida privada. Diante disso, a facilitação reafirmada se apresenta como o cumprimento da obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigo 1.1 e artigo 24) e da obrigação de adotar disposições de direito interno compatíveis com a Convenção Americana (artigo 2º) (TRAVASSOS, 2018).

A Corte Interamericana sublinhou que os Estados devem assegurar que as pessoas que objetivem a retificação da anotação de gênero podem recorrer a um procedimento que garanta integral observância da identidade de gênero autopercebida e alicerçada

somente no consentimento livre informado do requerente, sem que se imponham outros requisitos, tais como certidões médicas, psicológicas, operação cirúrgica ou hormonal.

Dessa forma, Gabriel Saad Travassos sintetiza:

Além disso, os juízes internacionais recomendaram que o procedimento seja confidencial, não devendo prevalecer qualquer anotação referente à alteração de gênero no documento pessoal do solicitante. Na medida do possível, ainda, o procedimento deve ser gratuito. Sobre a última recomendação, por certo, a Defensoria Pública tem papel decisivo na medida em que a hipossuficiência econômica do requerente não pode ser obstáculo do reconhecimento ao direito à identidade de gênero. A Corte Interamericana consignou expressamente que não deve ser requerida qualquer tipo de operação cirúrgica ou hormonal para o reconhecimento do direito à mudança do nome registral. Esse paradigma, como visto, encontra-se sob o jugo do Supremo Tribunal Federal no âmbito interno. Certamente a decisão da Corte Interamericana consubstanciou fundamental norte interpretativo das normas de direitos humanos aplicáveis ao caso, destacadamente o direito ao nome, à autonomia privada, à intimidade, à integridade física e à liberdade individual. Por fim, o tribunal internacional também destacou que o procedimento mais adequado à alteração dos registros é aquele materialmente administrativo ou notarial. Isso não significa que um juiz esteja impedido de analisar um caso de modificação registral, mas sim que esse procedimento será materialmente administrativo, isto é, não cabe à autoridade judicial verificar qualquer condição, exceto a vontade livre, para a readequação dos registros à identidade social do requerente. O papel do Estado nesses casos consiste em um mero exercício de reconhecimento da autoidentificação em relação ao gênero. A sentença judicial – ou o procedimento administrativo que culmina com a alteração registral -, de forma alguma constitui o gênero, mas sim reconhece uma situação de autonomia

individual que outrora estava em descompasso com os arquivos públicos no que toca aquela pessoa. Sob nenhuma hipótese, sedimentou a Corte, a modificação registral pode se transformar em uma espécie de escrutínio público de validação externa da identificação de gênero da pessoa do requerente (TRAVASSOS, 2018, p. 81-82).

Noutro giro, os Princípios de Yogyakarta, oriundos de uma reunião de 29 especialistas, de 25 países, ocorrida na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre os dias 06 e 09 de novembro de 2006, proclamam um mapa de princípios jurídicos internacionais, acerca da aplicabilidade da legislação internacional às violações de direitos humanos consubstanciada na orientação sexual e identidade de gênero, na direção de conferir maior clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos diversos Estados.

Logo de início, o documento internacional pontua em seu preâmbulo que:

LEMBRANDO que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que cada pessoa tem o direito de desfrutar os direitos humanos sem distinção de qualquer tipo, tal como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status;

PREOCUPADOS com a violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, com que essas experiências sejam agravadas por discriminação que inclui gênero, raça, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico, e com que essa violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito solapem a integridade daquelas pessoas sujeitas a esses abusos, podendo enfraquecer seu senso de auto-estima e de pertencimento

à comunidade, e levando muitas dessas pessoas a reprimirem sua identidade e terem vidas marcadas pelo medo e invisibilidade;

CONSCIENTES de que historicamente pessoas experimentaram essas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Além disso, os Princípios de Yogyakarta nos trazem o conceito de orientação sexual e identidade de gênero. Vejamos:

COMPREENDENDO “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos (...)(PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Construídas essas premissas, o Advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, ao tratar sobre os conceitos de orientação sexual, identidade de gênero, homofobia e transfobia, nos traz as seguintes pontuações:

(...) De forma mais objetiva, em termos identitários, pode-se dizer que a orientação sexual refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, por se referir ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica. Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero real ou atribuída no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia tanto quando as vítimas sejam agredidas/discriminadas/ofendidas/ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não heterossexual cisgênera e também quando as vítimas são heterossexuais, mas são confundidas com LGBT, ou seja, são agredidas por terem a si atribuída uma orientação sexual ou identidade de gênero distinta da sua (adiante se trazem exemplos disso).

A homofobia se refere ao preconceito e/ou à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. Com efeito, segundo Roger Raupp Rios, heterossexismo é ‘um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito’, sendo que ‘homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais’, o mesmo valendo para a transfobia relativamente a travestis, transexuais e transgêneros em geral, com o cissexismo o sistema social pelo qual a cisgeneridade é institucionalizada como norma social, política, econômica ou jurídica, seja de modo explícito ou implícito (...) VECCHIATTI, 2017).

Voltando os olhares especificamente aos Princípios de Yogyakarta, revela-se que esta importante Carta reconhece a inter-relacionalidade e a indivisibilidade de muitos aspectos da identidade humana, ao tratar, ao longo do seu texto, sobre: Direito ao Gozo Universal dos Direitos

Humanos, Direito à Igualdade e a Não-Discriminação, Direito ao Reconhecimento Perante a Lei, Direito à Vida, Direito à Segurança Pessoal, Direito à Privacidade, Direito de Não Sofrer Privação Arbitrária da Liberdade, Direito a um Julgamento Justo, Direito a Tratamento Humano durante a Detenção, Direito de Não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante, Direito à Proteção Contra todas as Formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos, Direito ao Trabalho, Direito à Seguridade Social e outras Medidas de Proteção Social, Direito a um Padrão de Vida Adequado, Direito à Habitação Adequada, Direito à Educação, Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde, Proteção contra Abusos Médicos, Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Direito à Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas, Direito à Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião, Direito à Liberdade de Ir e Vir, Direito de Buscar Asilo, Direito de Constituir uma Família, Direito de Participar da Vida Pública, Direito de Participar da Vida Cultural, Direito de Promover os Direitos Humanos, Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes e, por fim, Responsabilização (*Accountability*) (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Ademais, cabe mencionar que em 2017 foi elaborado o documento intitulado “(...) “Princípios de Yogyakarta Mais 10” (*Yogyakarta Principles plus 10*), “em homenagem aos 10 anos da primeira edição (2006- 2016), trazendo novos nove princípios e 111 obrigações dos Estados, devendo ser lido em conjunto com os 29 princípios anteriores (totalizando 38 princípios).” (CARVALHO RAMOS, 2020, p. 199).

Todavia, apesar da existência dos diversos instrumentos acima, ainda persistem uma série de formas e contextos de violência sobre a população LGBTQIAPN+, destacando-se entre elas a ausência de denúncias e estatísticas oficiais sobre o tema, a violência generalizada, a invisibilidade que a violência cotidiana gera, os

elevados níveis de crueldade, ódio e preconceito e, por fim, a violência resultante da represália que surge diante das demonstrações públicas de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

O debate acerca da problemática que repousa na população LGBTQIAPN+ ainda persiste, é forte, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal atue de forma contramajoritária, batendo na porta da história, diante de assuntos cruciais, tais como: reconhecimento da união estável homoafetiva, casamento gay, adoção por casais homoafetivos, criminalização da homofobia e transfobia, dentre diversos outros temas, conforme adiante exposto.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO PORTA-VOZ DAS MINORIAS: PERSPECTIVAS E ANÁLISES.

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº132, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, conforme os mesmos ditames e com as mesmas consequências advindas da união estável heteroafetiva. O Ministro Relator do caso, Carlos Ayres Britto, asseverou, ao longo do seu voto que:

(...) Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das

duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que **“A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: 39 “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”** (Destaquei)(...) (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277, p. 649).

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça, considerando a decisão mencionada acima, edita a Resolução nº 175/2013, que preconiza sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, mencionando em seu artigo 1º que: “(...) Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo(...)” (BRASIL, RESOLUÇÃO CNJ 175/2013).

Nessa mesma direção, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846.102, a possibilidade de adoção por casal homoafetivo, utilizando os mesmos argumentos que embasaram o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Em seguida, na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527**, proposta pela Associação Brasileira de

Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, o Supremo Tribunal Federal discutiu a possibilidade de detentas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino optarem pelo presídio onde cumprirão a pena. Por esse ângulo:

(...) Em junho de 2019, o relator Barroso determinou que mulheres transexuais fossem transferidas para presídios femininos. A decisão, contudo, não se estendia a travestis, porque o ministro entendeu que ainda não estava demonstrada qual a melhor providência a ser adotada em relação a esse grupo. Já em março de 2021, Barroso ajustou os termos de medida cautelar deferida e determinou que presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam optar por cumprir penas em estabelecimento prisional feminino ou masculino. Nesse último caso, elas devem ser mantidas em área reservada, como garantia de segurança (...) (MIGALHAS, 2023).

Todavia, tratando sobre o assunto foram propostas, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº 348/2020, já mencionada em tópico anterior, e a Resolução nº 366/2021.

Citamos aqui, ainda, a ADI nº 5.543/DF, julgada em maio de 2020, cujo objeto de análise é o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, os quais preconizam sobre a inaptidão temporária para pessoas do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outras pessoas do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses posteriores a tal prática.

De logo, registre-se que a ação foi julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos acima, cuja ementa do julgado salienta que:

(...) 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa

vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade (...) (BRASIL. AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543, p. 3).

Recentemente, temos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, em que o Ministro Relator Celso de Mello destacou, logo ao iniciar o seu voto, que:

(...) Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados “grupos vulneráveis”), serei inevitavelmente

incluído no “Index” mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!! Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quanto atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p.36).

Na ADO nº 26/DF sustentou-se que o Congresso Nacional, em razão da sua inércia legislativa, estaria agindo de forma preconceituosa e racista, permitindo que os homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo minoritário sofressem graves violações em face dos seus direitos fundamentais, por meio de práticas criminosas que violavam a vida, a integridade física e a honra.

Dessa forma, o mandamento constitucional que determina a proteção e a dignidade das pessoas, através da tipificação penal, estaria sendo cicatrizado, pois os atos de ódio, fomentados em virtude da orientação sexual ou identidade de gênero, não estavam sendo criminalizados da maneira correta.

Homofobia e transfobia são comportamentos que se enquadravam no conceito de racismo, sustentou o autor da ação, o Partido Popular Socialista, porquanto:

(...) à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII). Alega-se, de outro lado, que a discriminação dirigida contra os integrantes da comunidade LGBT, além de estar compreendida na noção conceitual de racismo (CF, art. 5º, XLII), encontra-se igualmente alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI), a significar, de acordo com o autor, que também essa cláusula constitucional submete o Congresso Nacional à obrigação de editar o diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 37-38).

A mencionada ação enfatiza que a omissão cristalizada pelo Congresso Nacional fomenta a frustração de feridas pessoais, sociais, culturais, morais e profissionais dos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, impedindo o pleno exercício de direitos fundamentais básicos, inclusive, o direito à felicidade, o que poderia gerar uma responsabilidade civil da União, por adotar um comportamento negligente, de abandono no enfrentamento da homofobia e transfobia.

Para fundamentar o seu voto, com quase 200 (duzentas) páginas, no julgamento da ADO nº 26/DF, o Ministro Relator Celso de Mello apresenta uma série de definições e questões terminológicas, tais como as expressões LGBTQIAPN+, ideia de gênero,

sexualidade humana, homofobia, transfobia, raça, racismo, entre outras.

Analisa também a importância dos princípios de Yogyakarta nos aspectos relacionados à identidade de gênero e orientação sexual, destacando a importância do debate do tema dentro de toda a sociedade, propondo reflexões basilares em torno o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões que espelhem o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, da igualdade, da fraternidade e da liberdade.

Além disso, Celso de Mello cita a existência de heranças coloniais que ao invés de proteger os homossexuais os perseguiram e reprimiram, por meio das Ordenações do Reino de Portugal que vigoravam no Brasil colônia, as quais alinhadas com as missões da Igreja tratava a homossexualidade como pecado.

(...) Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação (...)(BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 70-71).

Prosseguindo em seu voto, o Ministro Relator cita a violência contra os integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, trazendo dados estatísticos, noticiários da imprensa nacional e relatórios das organizações civis acerca do tema, enfatizando a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBTQIAPN+, em manifesto desrespeito ao mandamento constitucional, ao pontuar que:

(...) Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que

concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 81-82).

Por esse viés, visualiza-se uma omissão reiterada do Congresso Nacional, por meio de uma inércia que afeta o sentido da Constituição, desprestigiando os valores e direitos que almeja proteger, motivo pelo qual, Canotilho já sustentava que:

(...) tanto se viola a Lei Fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são ‘actuados’, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhes operatividade prática. A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito) (...) (CANOTILHO, 1991, p. 46).

Com base nessas premissas, Anna Cândida da Cunha Ferraz ensina que:

(...) A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução [...] Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional,

raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes, serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição (...) (FERRAZ, 1986, p. 230-232).

Cabe sublinhar que o desprestígio da Constituição não pode ser fomentado pelos Poderes da República, pois desemboca em evidente patologia, ocasionando um fenômeno conhecido como “erosão da consciência constitucional” e reflete na advertência feita por Pontes de Miranda, décadas atrás, ao lecionar que:

(...) Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer (...) (MIRANDA, 1970, p.15-16).

Fecundado este pensamento, o Ministro Celso de Mello aduz que a homofobia “(...) “decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero”, vindo a reconhecer, por isso mesmo, que “a prática do racismo abrange atos homofóbicos e transfóbicos (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 122), motivo pelo qual a prática de atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas do racismo e sujeita, portanto, à tipificação penal mencionada na Lei nº 7.716/89.

Perfilhando desse pensamento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti lembra que:

(...) o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão. Nesse conceito geral e abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antisemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo (...) (VECCHIATTI 2020, p. 457).

A partir dessas considerações, o Supremo Tribunal Federal, acompanhando voto do Ministro Relator Celso de Mello, conheceu a ADO nº 26/DF, julgando-a procedente, nos seguintes termos:

(...) (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional,

seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, 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; e (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 191-192).

Na mesma direção do Ministro Relator, o Ministro Edson Fachin sublinhou que “(...) A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 213), esquecendo que “(...) A discriminação sexual ou de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 215).

O Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da ADO nº 26/DF, sustentou o estado de mora inconstitucional na proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, a aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e § 1º da Constituição Federal de 1988, à Lei nº 7.716/89, no sentido da aplicação global de seus tipos penais às condutas

homofóbicas e transfóbicas, até o momento que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou, em seu voto, que “(...) A homofobia e a transfobia constituem formas graves de discriminação contra gays, lésbicas e transgêneros e, por isso, a sua criminalização específica é uma das principais demandas da comunidade LGBTQIAPN+ (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 273) e que “(...) A ausência de norma criminalizadora de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador na regulamentação do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 274).

Na construção do seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso cita que “(...) No dia 4 de maio de 2011, eu estava na tribuna do STF sustentando o direito de as uniões afetivas serem reconhecidas como uniões estáveis (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 287), e desde lá notou que “(...) A afetividade é uma das energias mais poderosas do universo. Por que impedir o direito de amar de duas pessoas? (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 288).

Narrou ainda que “(...) Naquela ocasião observei que o amor homossexual é vítima de preconceitos desde o início dos tempos (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 288) e citou três exemplos marcantes:

(...) **Em 1521**, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo. **Em 1892**, Lord Alfred Douglas, amante de Oscar Wilde, escreveu o seu belo poema “Dois Amores”, que termina com a frase célebre “O amor que não ousa dizer seu nome”, no qual descrevia

uma paixão homossexual. Oscar Wilde foi preso e condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados. **Na década de 1970**, um soldado americano que havia sido condecorado na guerra do Vietnã depois foi expulso das Forças Armadas quando descobriram sua condição de homossexual. Ele produziu uma frase antológica: **“Por matar dois homens, recebi uma medalha. Por amar outro, fui expulso das Forças Armadas” (...)** (destaquei) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 288).

Barroso mencionou também que: “(...) Ao concluir a sustentação oral naquele julgamento, falei do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de tolerância, de respeito ao diferente. Um tempo de fraternidade e delicadeza. Um tempo em que todo amor possa dizer seu nome (...)”, salientando que: “(...) O STF, naquela ocasião, não faltou ao seu encontro com a história. E a história reconheceu a virtude daquela decisão, declarando-a patrimônio imaterial da humanidade. Pois bem: a história bate à porta novamente (...)” (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 288).

Diante do exposto, o Ministro Barroso votou no sentido de conhecer parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedentes os pedidos, com a fixação das seguintes teses:

(...) A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão inconstitucional do Congresso Nacional. 2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 302).

O inteiro teor do acórdão, com 566 (quinhentos e sessenta e seis) páginas, construído ao longo do julgamento da ADO nº 26/DF, concluiu que:

(...) Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (...) (BRASIL. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26, p. 5).

É preciso proclamar o papel vanguardista, iluminista e contramajoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO nº 26/DF, ao desempenhar, no âmbito do Estado Democrático e Fraternal de Direito, uma jurisdição das liberdades, protegendo as minorias contra omissões imputáveis aos grupos tidos como majoritários, não tolerando a continuidade de uma opressão histórica, que alicerçada na inércia do Estado, comete preconceito, violência, discriminação e exclusão social, econômica e jurídica contra a população LGBTQIAPN+.

CONCLUSÕES

Solo fértil para a concretização de uma garantia segura aos membros do grupo LGBTQIAPN+, a Constituição da República Federativa do Brasil, juntamente com o seu guardião maior, o Supremo Tribunal Federal (STF), proclamam uma cidadania efetiva e integral, com respeito às liberdades e aos direitos fundamentais das pessoas, combatendo manifestações de pensamentos intolerantes, discriminatórios e preconceituosas em face de indivíduos

ou grupos vulneráveis. O *hate speech*, ou discurso de ódio, não possui respaldo na liberdade de expressão, é um espetáculo de terror retrógrado, portanto.

A comunidade LGBTQIAPN+ nem de longe caracteriza-se como uma coletividade homogênea, sendo a diversidade de seus integrantes seu traço peculiar. Formada pela reunião de pessoas e grupos sociais diversos, a comunidade LGBTQIAPN+ apresenta como missão comum a eliminação da sua vulnerabilidade, por meio de medidas antidiscriminatórias e que privilegiem seus direitos e liberdades fundamentais e humanos.

Isso revela exponencialmente que os integrantes da comunidade LGBTQIAPN+ detém o direito de receber igual proteção da legislação constitucional, infraconstitucional e internacional, bem como do aparato político-jurídico consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, pelos tratados, convenções e acordos internacionais, revelando-se preconceituoso e ditatorial qualquer argumento ou medida que dissipe, que discrimine, que estimule a intolerância, que aqueça o desrespeito e que desiguale os indivíduos em decorrência de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Falar da população LGBTQIAPN+ engloba o entendimento do conceito de minoria perante esse dinamismo constante do complexo social. Dessa forma, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a adoção de regras inclusivas, por meio da promoção de políticas públicas e prestação de serviços públicos, celebra a efetivação de direitos humanos fundamentais dos grupos minoritários.

Efetivação esta que deve ocorrer tanto no plano interno quanto no plano internacional. No que se refere ao primeiro, temos o julgamento da ADI nº 4.277, da ADPF nº 132, do Recurso Extraordinário nº 846.102, da ADPF nº 527, da ADI nº 5.543/DF, e, mais recentemente, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Já quanto ao segundo, menciona-se a importância da

Opinião Consultiva n. 24/2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Princípios de Yogyakarta.

Afere-se que o debate acerca da problemática que repousa na população LGBTQIAPN+ ainda persiste, é pulsante, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal (STF) atue de forma contramajoritária, iluminista e vanguardista, construindo pontes históricas, diante de assuntos cruciais, tais como: reconhecimento da união estável homoafetiva, casamento gay, adoção por casais homoafetivos, criminalização da homofobia e transfobia, dentre outros diversos temas.

Resta evidente, por conseguinte, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, o STF, corroando o direito da busca da felicidade, inerente ao ser humano, concluiu que até que advenha lei do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização contidos na Constituição Cidadã, as condutas homofóbicas e transfóbicas que envolvam aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero, por representarem formas de racismo, em sua perspectiva social, adequam-se, por identidade de razão e por meio de subordinação típica, aos preceitos primários das normas incriminatórias da Lei nº 7.716/1989. Há vozes contrárias, mas a alavanca da história foi mais uma vez movimentada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA Cid Peres, S. D. (2022). **Hate speech**: sob o manto da liberdade de expressão. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/4799>. Acesso em: 09 de março de 2023.

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 08 de março de 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. 8a reimpressão. 2010.

GROOVE, Glória. **A Queda**. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/gloria-groove/a-queda/>. Acesso em: 30, out, 2022.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito *cliquet* ou princípio da vedação de retrocesso, **Revista Jus Vigilantibus**, publicado em 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39752>>. Acesso em: 06, out. 2022.

NOTÍCIAS. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/11/assassinatos-de-pessoas-lgbti-crescem-44percent-em-sp-segundo-relatorio.ghtml>. Acesso em: 15 de março de 2023.

_____. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/28/17-mil-lgbqia-foram-vitimas-de-agressoes-fisicas-em-2021-8-estados-nao-tem-dados-sobre-o-tema.ghtml>.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

SCHÄFER, G.; Leivas, P.; Cogo G.; Santos, R. H. dos (2015). **Discurso de ódio**: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. RIL, Brasília a.52, n. 207, jul-set.

TRAVASSOS, Gabriel Saad. **A Opinião Consultiva nº. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://revista-dadpu.dpu.def.br/article/view/54/41>. Acesso em: 11 de março de 2023.

VECCHIATTI, Pauto Roberto Iotti. “Constitucionalidade e Dever Constitucional da Classificação da Homofobia e da Transfobia como Crimes de Racismo”, p. 88/89, item n. 1.1, “in” **“Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”**, coordenado por Maria Berenice Dias, 3a ed., 2017, RT.

A RELEVÂNCIA DO DIREITO ANIMAL NO PARADIGMA SOCIOJURÍDICO HODIERNO

RAQUEL TORRES DE BRITO SILVA¹

“Eu sou a favor dos direitos animais bem como dos direitos humanos. Essa é a proposta de um ser humano integral”
(Abraham Lincoln).²

1 INTRODUÇÃO

A relação do ser humano com os animais é vislumbrada, historicamente, pelo domínio e exploração. Usados, nos primórdios, para caça, locomoção, guerra, alimentação, diversão, sacrifícios, dentre outras funcionalidades, os animais estão associados à amplos registros de subjugação pelas ações antrópicas. Ao longo dos anos, o desrespeito à vida desses seres não humanos mostra uma pauta lamentável que merece muita atenção pelo ordenamento jurídico.

Inclusive, a submissão dos animais, pelo forte domínio do ser humano, nos remete aos próprios dizeres da Bíblia Sagrada, com forte influência do Judaísmo e do Cristianismo. Nesse contexto, os animais eram usados para satisfazer as necessidades do ser

1 Doutoranda em Direitos Humanos pelo PPGD/UNIT e bolsista pela CAPES. Mestra em Direito pelo PRODIR/UFS. Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo PRODEMA/UFS. Especialista em Advocacia Pública pela UCAM. Especialista em Tributário e Processo Tributário pela LEGALE. Mentora acadêmica. Advogada e Consultora Jurídica pela OAB/SE. Membro da Comissão de Direito Animal da OAB/SE no triênio de 2019-2021. Bacharel em Direito pela FANESE.

E-mail: raqueltorresbrito@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8494423740027563> .
Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9862-0608>

2 Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/Nzg4NDk2/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

humano, de sobremodo servindo para a alimentação e sacrifícios em nome das suas crenças. Todavia, outras religiões, com crenças diversas, acreditavam no valor moral dos animais e no direito destes de serem respeitados e de terem as suas vidas poupadas.

Dessa forma, é oportuno discorrer, de forma mais apurada, sobre um tema que ganha forte destaque na conjuntura social hodierna: o Direito Animal. Nessa sina, objetiva-se, primordialmente, analisar sobre algumas especificidades do Direito Animal atualmente contemplado, de modo a reconhecer os animais como sujeitos de direito, dotados de dignidade, ética e valor, sendo merecedores de proteção jurídica.

Algumas questões nortearão o desenvolvimento da pesquisa: Qual é a evolução histórica do Direito Animal? Como a doutrina e a jurisprudência atual se posicionam no reconhecimento destes direitos? Com isso, busca-se especificamente, em um primeiro momento, apontar a evolução histórica dos direitos dos seres não humanos, desde as concepções cristãs, judaicas, iluministas e filossóficas de outrora, até a sua atual consideração e proteção jurídica. Da mesma forma, pretende-se elencar como os atuais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais se manifestam no sentido de reconhecer os seus direitos.

O reconhecimento dos direitos dos animais está gradativamente se concretizando na realidade fática observada. Todavia, muito ainda há de ser feito em prol de conferir a esses seres o devido respeito que merecem, bem como garantias de proteção. Através de uma efetiva Educação Ambiental, possibilitando a ampliação da conscientização social sobre tais questões, será possível o vislumbre de uma evolução de concepções favoráveis a linha intelectual aqui defendida.

Na elaboração do capítulo, foi utilizado o método dedutivo, de natureza qualitativa, estudando-se os entendimentos da doutrina, jurisprudência, e de alguns artigos científicos, como fontes,

possibilitando a formação de um referencial teórico diverso e robustecido para a proposta em apreço.

2 BREVE EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Pretende-se aqui uma primordial análise quanto ao contexto histórico dos direitos dos animais, sendo estes submetidos ao domínio antrópico e desprovidos do devido respeito. Posteriormente, serão expostas algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de superar-se o aspecto patrimonialista no tratamento dos animais, os quais, atualmente, deixam de ser “coisificados” para se consolidarem enquanto “sujeitos de direitos”, merecedores de uma vida mais digna.

Ademais, será possível também observar que, através das lições oriundas da Educação Ambiental, ampliando-se a conscientização em torno da relevância da causa animalista, será possível desenvolver a concepção da sociedade hodierna nesse paradigma sociojurídico, de modo a atribuir um maior e valorativo reconhecimento dos direitos pertencentes aos animais, enquanto seres que fazem parte da biodiversidade ecossistêmica. Sendo os não humanos seres que merecem a nossa atenção e amparo, convém refletirmos que “a natureza e especialmente os [...] animais seriam titulares de direitos” (Sampaio, 2013, p. 642).

Prezando por uma breve contextualização preliminar, é notório que as ações antrópicas trouxeram inúmeras modificações socioambientais ao decorrer dos anos. Com um teor de supremacia, o ser humano passa a explorar o meio ambiente de forma cada vez mais gritante, cegando-se quanto as mazelas provenientes disso.

São crescentes as explorações dos recursos naturais, da flora e da própria fauna, resultando em danos ambientais e externalidades negativas que são pautas de preocupações constantes pelos

persistentes movimentos ambientalistas, os quais também envolvem a busca pela resiliência ecossistêmica e o Desenvolvimento Sustentável de todos (humanos e não humanos, gerações atuais e vindouras).

Nesse prisma, o legislador pátrio prevê a proteção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, o que abrange todas as formas de vida nele existentes. É um dever tanto do Poder Público quanto da própria coletividade a sua proteção e preservação em prol das gerações presentes e da posteridade, como previsto no *caput* do artigo 225 da Carta Magna de 1988. Nessa conjuntura, a Lei nº 6.938/1981 define o “meio ambiente” como

O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I). O conceito jurídico de meio ambiente é totalizante, com abrangência dos elementos bióticos (seres vivos) e abióticos (não vivos) que permitem a vida em todas as suas formas (não exclusivamente a vida humana) (Oliveira, 2017, p. 40).

Justamente quanto ao elemento biótico, essa análise da “vida”, em todas as suas formas, não se refere exclusivamente a vida humana, mas vincula também a discussão de um assunto imprescindível na conjuntura social hodierna: os animais (e, por conseguinte, os seus direitos). Afinal, “a relação do homem com a natureza ainda inclui problemas bem diversos [...]” (Apel, 1994, p. 167), que precisam de enfrentamento efetivo e célere.

Podemos observar, do contexto histórico da relação do ser humano com os animais, que os não humanos são fortemente subjugados à vontade antrópica. Como, por exemplo, para locomoção, alimentação, caça, proteção, diversão “cultural”, dentre outros pontos. Como curiosidade, segundo Abilio (2017), o primeiro

animal a ser domesticado teria sido à ovelha, pois esta disponibilizava a lã, carne, couro e o leite. Observa-se que, desde os seus primórdios, “a relação do ser humano com os animais não humanos, sempre foi uma relação vertical de dominação” (Abilio, 2017, p. 441).

Um fato ainda persistente, no atual modo social de viver, consiste na hora das refeições cotidianas, momento no qual muita das vezes ocorre o principal contato da pessoa com algum tipo de animal. Afinal, “o uso de animais como alimento talvez seja a mais antiga e a mais difundida forma de uso animal” (Singer, 2002, p. 72). A subjugação dos animais ao ser humano decorre, principalmente, do judaísmo e ensinamentos cristãos, sobretudo com as passagens de Gêneses, na Bíblia Sagrada, no qual Deus autoriza os humanos a dominá-los (Chuahy, 2009).

Consoante os preceitos cristãos, o ser humano possuiria a capacidade de domínio incondicional sob as demais criaturas viventes, havendo aqui, de certo modo, uma exclusão dos animais da sua esfera moral (Levai, 2012). Em contrapartida, “outras religiões, sobretudo as do Oriente, ensinam que toda vida é sagrada [...]” (Singer, 2010, p. 278).

O tratamento humano quanto aos animais pode ser vislumbrado pelas diversas formas de exploração e submissão, mas igualmente pela busca do respeito e valorização de todas as formas de vida. É mais especificamente no século XVII que alguns adeptos iluministas, como Descartes, reforçam os conceitos cristãos da época, os quais consideravam os animais como seres desprovidos da capacidade de sentir dor ou de pensar. Os não humanos seriam, portanto, “mental e espiritualmente vazios” (Chuahy, 2009, p. 12).

Contrariando tal pensamento ao longo dos séculos, outros filósofos, como Voltaire, passaram a valorizar mais os animais, os colocando no mesmo patamar de consideração humana e ainda os reconhecendo como seres providos de emoções e sentimentos

(Chuahy, 2009). Dessa forma, menciona Voltaire *apud* Chuahy (2009):

Que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os animais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam! Será porque falo que julgas que tenho sentimento, memória, idéias?[sic]. Pois bem, calo-me [...] (Chuahy, 2009, p. 13).

A partir das premissas de Charles Darwin, é visível que inúmeros pesquisadores passaram a aprofundar os seus estudos neurossensoriais sobre os animais e, com isso, “concluíram que a consciência e os sentimentos não são atributos exclusivos da raça humana” (DUTRA, sem ano, p. 938). Quanto a teoria da evolução de Darwin, Fornasier e Tondo (2017) ensinam que

Darwin (2014) e a sua teoria da evolução ocasionaram a emersão de uma nova relação biológica entre homem e primata, que ajudou no despertar da compreensão de que o humano também é animal, e que as preocupações morais da espécie humana também teriam que ser estendidas aos animais. O cientista reconheceu características semelhantes em animais de diferentes continentes, concluindo que todo animal (humano ou não) descende de um ancestral comum. Posteriormente Einstein se debruçou sobre semelhanças entre humano e animal, e sobre como ambos deveriam possuir direitos iguais (Fornasier; Tondo, 2017, p. 46).

Ainda sobre a diversidade de posicionamentos quanto ao tema, contribuem aqui os dizeres de Sparemberguer e Lacerda (2015, p. 184), mostrando que o histórico dos direitos dos animais “iniciou desde o séc. VI a.C. Pitágoras acreditava na transmigração da alma, enquanto Aristóteles alegava que os animais, por serem irracionais, deveriam ser utilizados para a satisfação humana”.

Indo além, explica Chuahy (2009) que o nascimento do movimento moderno pelos direitos dos animais teve a sua origem mais precisamente na Inglaterra, em 1824, havendo a criação da Sociedade para Prevenção da Crueldade com Animais. Contudo, essa Sociedade ganhou realmente forças a partir de 1970, passando a alcançar outros segmentos sociais.

Doravante, é a partir da década de 70 que o sistema normativo de proteção aos animais é chamado de “Bem-Estar Animal”. Os direitos dos animais passam a ser amplamente defendidos nas legislações de vários países. A corrente do bem-estar animal “reflete preocupações éticas que transcendem o mero antropocentrismo utilitarista” (Sampaio, 2013, p. 644).

Como exemplos dos sistemas normativos de proteção animalista, consoante as explicações de Sampaio (2013), temos: a aprovação do *Animal Welfare Act* nos EUA, em 1966, considerando os direitos dos animais como um ramo jurídico autônomo a partir disso. Na Alemanha, houve a aprovação do *Tierschutzgesetz*, em 1972. Na Nova Zelândia, têm-se a aprovação da Lei de Bem-Estar Animal, em 1999. A União Europeia também caminhou neste sentido com a aprovação da Diretiva de nº 86/609. Tal iniciativa também chega à Áustria em 2005, e no Japão em 2000.

Com base em uma concepção mais atual, os animais são gradativamente reconhecidos como agentes morais, merecedores de dignidade, de respeito e da essencial consideração em virtude dos seus interesses vitais, bem como dos seus sentimentos (senciência animalista). Mas, para o alcance dessa linha de pensamento, é primordial a compreensão sobre a superação da sua obsoleta coisificação.

3 DA COISIFICAÇÃO ANIMAL AO SEU RECONHECIMENTO COMO SUJEITOS DE DIREITOS DOTADOS DE DIGNIDADE

Perante o crescimento de amplas preocupações e debates em torno dos seres não humanos, em especial na atualidade, como os animais podem ter os seus direitos reconhecidos no paradigma sociojurídico vivenciado?

Para uma melhor compreensão do exposto, necessário se faz analisar sobre o significado disso: “O direito dos animais envolve, a um só tempo, as teorias da natureza e os mesmos princípios de Justiça que se aplicam aos homens em sociedade, porque cada ser vivo possui singularidades que devem ser respeitadas” (Levai, 2012, p. 188). São significativos os dizeres de Tom Regan ao afirmar que os direitos dos animais,

deve ser visto por dois ângulos, pelo lado simples ao pensarmos em tratá-los com respeito e pelo complexo é uma ideia que implica muitas consequências, tendo em vista que lavará [sic] a grandes mudanças, quais sejam elas: parar de criá-los para o uso de carnes, peles, entretenimento, pesquisas científicas, entre outros, para ele, essa mudança vai muito além de apenas tratá-los com respeito (Regan, 2006, p. 12).

O autor supracitado também menciona sobre a corrente do “Abolicionismo Animal”. Ele dispõe que esse termo se refere a como a humanidade explora os animais. O reconhecimento disso requer concretamente a sua abolição, e não uma simples reforma. Nos seus dizeres: “Ser bondoso com os animais não é suficiente”. Pois temos, na verdade, de evitar a crueldade. Afinal, “independentemente de os explorarmos para nossa alimentação, abrigo, diversão ou aprendizado, a verdade dos direitos animais **requer jaulas vazias**, e não jaulas mais espaçosas” (Regan, 2006, p. 12, grifo nosso).

Apesar de ainda encontrarmos resistências que retrocedem no sentido de “coisificar” a existência animalista (ou seja, considerando os animais como coisas, objetos suscetíveis a subjugação humana), é inegável que, em contrapartida, o reconhecimento da causa “não se restringe a divagações de cunho abstrato ou sentimental. Ao contrário, é de uma evidência que salta aos olhos e se projeta no campo da razão” (Levai, 2012, p. 188). O autor ainda aduz que,

Mesmo que nosso ordenamento jurídico aparentemente defira apenas ao ser humano a capacidade de assumir direitos e deveres (no âmbito civil) e de figurar no pólo [sic] passivo da ação (no âmbito penal) - como se as pessoas, tão-somente [sic] elas, fossem capazes de integrar a relação processual na condição de sujeitos de direito – é possível identificar imperativos éticos que, além da perspectiva biocêntrica, se relacionam ao bem-estar dos animais (Levai, 2012, p. 188).

Tais “imperativos éticos”, mencionados por Levai (2012), corroboram com os termos de Fornasier e Tondo (2017) e com a teoria de Regan (2006) no que tange, mais precisamente, ao tratamento dos animais como “sujeitos de uma vida” e, portanto, também “sujeitos de direitos”. Projeta-se, com isso, uma grande inovação para o nosso ordenamento jurídico pátrio na análise do tema perante o paradigma contemplado.

Entretanto, é salutar destacar que o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos “não significa considera-los pessoas humanas, ou estender a eles os mesmos direitos legais dos humanos; antes, é um modo de fazer cessar as crueldades e abusos cometidos contra eles” (Fornasier; Tondo, 2017, p. 59).

Nessa conjuntura, Nussbaum (2008, p. 121) mostra que “todos os seres vivos devem ter acesso a uma justiça global, a fim de promover a dignidade as demais espécies e garantir proteção moral, política e jurídica”. Essas proteções se fazem, indubitavelmente,

imprescindíveis para o reconhecimento dos direitos dos animais e a ampliação do tratamento deste tema em âmbito global. Pois isso também é uma questão de prezar pela justiça animalista!

Por sua vez, Abilio (2017) atribui à natureza jurídica dos animais não humanos três interessantes dimensões: em face do Código Civil, da Constituição Federal e do Direito Ambiental. Infelizmente, analisando a realidade hodierna, um posicionamento ainda predominante se faz no sentido da coisificação dos animais. Mas essa concepção, já tão obsoleta, está mudando.

Da mesma forma, o autor em comento aborda sobre a possibilidade de “reconhecimento dos direitos fundamentais aos animais”. Mas, para que isso seja possível, primeiro os não humanos devem ser vistos como titulares de direitos, ou seja, como sujeitos de direitos e não apenas objetos de direito. O que é essencial em prol de dignificar a sua existência. Apesar da questão controversa em torno do “reconhecimento dos direitos fundamentais aos animais” sendo isso uma utopia ou não,

[...] A expansão dos direitos fundamentais para alcançar os animais representa um inegável avanço ético na história da humanidade. Para sua efetividade é preciso que o homem se liberte do paradigma jurídico antropocêntrico, que discrimina e estigmatiza os animais, revogando leis permissivas de comportamentos cruéis, revendo a política da educação ambiental, para incluir os direitos animais como prioridade nos currículos pedagógicos e suscitando a reflexão sobre nossos hábitos e atitudes em relação às outras espécies (Levai, 2011, p. 35).

Nesse aspecto, Sampaio (2013) aborda sobre o “segundo e terceiro ciclo de proteção dos direitos dos animais”. Aquele estaria atrelado à vedação de práticas cruéis aos animais (como presente no artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 do Brasil, bem como nas legislações da Alemanha, Suécia, Grã-Bretanha,

Holanda, Itália, Suíça, por exemplo). Este estaria relacionado ao reconhecimento da “dignificação” da tutela jurídica dos animais (como observado nas Constituições da Suíça e da Alemanha).

Nos tempos atuais, se torna necessário uma mudança de pensamento humano quanto ao valor conferido aos seres não humanos e o conseqüente reconhecimento dos seus direitos, inclusive quanto a “dignidade” que merecem, refletindo isso em um amplo desenvolvimento no tocante ao Direito Animal.

Aliás, sobre a terminologia “Direito Animal”, compreendida como a mais adequada em comparação à outras denominações (como “Direito dos Animais”), é oportuno destacar que:

Por outro lado, no Brasil, fala-se em Direito Ambiental (e não Direito dos Ambientes), Direito Penal (e não Direito das Penas), Direito Civil (e não Direito das Relações Cíveis), Direito Processual (e não Direito dos Processos), Direito Empresarial (e não Direito das Empresas), etc., o que aponta a adequação, para fins de uniformidade, da denominação Direito Animal – ao invés de Direito dos Animais – pois se trata de expressão mais ajustada à padronização nominativa das especializações jurídicas hoje já bem consolidadas (Ataide Junior, 2020, p. 109).

Em 2019, no Brasil, uma grande realização em prol da causa animalista consistiu na sanção do Projeto de Lei nº 1.095/2019 para o aumento de pena quanto ao crime de maus tratos e abuso de animais, abrangendo os silvestres, domésticos ou domesticados, exóticos ou nativos (Sancionada [...], 2023). A nova Lei, nº 14.064/2020, foi chamada de “Lei Sansão” em homenagem ao cachorro Sansão que teve as suas patas decepadas por facão, em virtude da conduta criminosa de alguns agressores em Minas Gerais (Redação, 2020).

Por sua vez, a Suprema Corte de Kerala, na Índia, é um dos principais exemplos de reconhecimento dos animais como titulares do

direito a uma vida digna. Contudo, é mais precisamente na Suíça, a partir de 1992, que os animais ganham *status* de seres dignos, superando-se as antigas concepções de seu tratamento enquanto coisas ou objetos (Sampaio, 2013).

Canotilho (2003, p. 227), ao mencionar sobre a República Portuguesa, diz que ela é caracterizada pelo elemento ecológico, tendo importantes sugestões de incluir uma dimensão ecológica de modo a repensar sobre a atuação do ser humano na comunidade biótica, independente de existir ou não “direitos fundamentais dos seres vivos (dos animais, das plantas)”.

Sendo tamanha a relevância impactante desse pensamento, Leadrini (2016) mostra que, apesar dos animais serem ainda juridicamente “coisificados” (conforme o artigo 82 do Código Civil de 2002, tratando os animais como bens e de propriedade humana), já existem julgados no sentido de considerar os animais como “sujeitos de partilha” em ações de dissolução conjugal. Podemos até contemplar gradativos casos quanto a “guarda compartilhada” e o “direito de visita” dos pets que são objetos de litígio nas varas de família.

Pelo dito, um grande exemplo do feliz reconhecimento dos animais como “sujeitos de direitos”, pode ser visualizado com a decisão do Juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª vara da família de Jacareí-SP³. No caso da dissolução familiar das partes envolvidas, o juiz se posicionou no sentido de desconsiderar o viés patrimonialista dos animais, de modo a não serem mais tratados como “coisas”.

Nesse caso, os pets seriam assemelhados a “filhos” dentro de uma relação familiar. Com isso, o afeto do ser humano pelo animal, junto ao sofrimento do próprio cachorro frente à separação

3 Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/02/justica-da-guarda-compartilhada-de-cao-casal-separado-em-jacarei-sp.html>. Acesso em: 10 out. 2023.

dos seus donos e da sua mudança de vida, foram motivos que impulsionaram a sua “guarda compartilhada”.

Esse entendimento também foi adotado pelo juiz titular da 1ª vara de família do Fórum Regional da Leopoldina, no Tribunal de Justiça do Rio, Dr. André Tredinnick⁴. Decisão esta que defere a “guarda compartilhada” de dois cachorros para um casal divorciado. Outros posicionamentos podem ser encontrados nos julgados brasileiros, mostrando um progresso forte quanto aos direitos dos animais.

Para corroborar ainda com o presente entendimento, o Ministro relator Luis Felipe Salomão⁵, no julgado do Resp 1713167 SP 2017/0239804-9, em 19 de junho de 2018, trouxe um forte embasamento quanto ao direito de visita concedido em prol do afeto dos companheiros pelo animal, que foi adquirido na constância do relacionamento, no caso da dissolução da entidade familiar. Consoante ainda os ensinamentos de Leadrini (2016), o paradigma atual deve se direcionar no sentido de diminuir mais ainda o aspecto patrimonial e a coisificação dos seres não humanos, que são dotados de sentimentos e de dignidade.

Aduz o autor supracitado que, com a evolução gradativa da jurisprudência brasileira, confere-se, com isso, o “*status* de dignidade” a estes seres, respeitando-se todas as formas de vida. No entanto, na situação aqui representada, o termo mais adequado seria uma “guarda responsável” dos animais disputados em litígios de separação. Sendo tamanha a relevância do tema, a sociedade atual deve se encaminhar para uma ampla aceitação da “família

4 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/bairros/justica-do-rio-concede-guarda-compartilhada-de-cachorros-casal-separado-22354956>. Acesso em: 11 out. 2023.

5 Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1713167_04519.pdf?Signature=EiFSQkmHXOaYur9YKwvtgzfstEg%3D&Expires=1554223761&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e772f9f8d3380e42de1850485acaa424. Acesso em: 16 out. 2023.

pluriespécie” ou “família multiespécie”, na qual podemos incluir os animais na composição familiar humana (pois dela fazem parte).

Por sua vez, Abilio (2017) nos ensina que, dotar os animais de “dignidade”, significaria dignificar a própria alma humana, tamanha a nobreza deste reconhecimento em proteção dos mais fracos (e vulnerabilizados). Reforçando essa concepção, Oliven e Chalfun (2017) abordam sobre a importância em reconsiderarmos a natureza jurídica dos animais como os sujeitos de direitos que são, sendo que, nos casos de dissolução ou modificação da relação familiar em que estejam inseridos, deve-se atribuir-lhes então a “guarda responsável dos animais”, em prol de se evitar o abandono.

É possível evoluir a nossa mentalidade social no sentido de superar a outrora posição quanto à “coisificação dos animais”. É pertinente conceber os animais não humanos como “sujeitos de direitos básicos”, tais como a vida, liberdade e integridade física, sendo até mesmo representados pelo Ministério Público. Para Levai (2019),

Incumbe ao MP, com fundamento nos artigos 129, I e III e 225 caput da CF e nos artigos 1º e 2º § 3º do Decreto 24.645/34, exercer – no âmbito penal, civil e administrativo – a tutela jurídica dos animais, suprimindo-lhes a incapacidade processual em face de ocorrências envolvendo agressões, abusos ou maus-tratos (Levai, sem ano, p. 27).

Dutra (sem ano, p. 953) também destaca que o art. 127 da CF/88 define que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Além disso, na esfera privada, também é pertinente a atuação da Advocacia Animalista, composta por profissionais sensibilizados à causa, que lutam pela justiça em prol dos seres não humanos. Nesse sentido,

A Advocacia Animalista, de modo laborativo remunerado ou por meio dos trabalhos voluntários das Comissões de proteção animal nas suas respectivas seccionais da OAB, é um notório instrumento de proteção aos não-humanos. Constitui-se, assim, como uma alternativa no fomento de orientações sociais, e na defesa judicial dos animais, no objetivo maior de proteger aqueles cujo clamor grita por mais respeito (Silva, 2021, p. 94-95).

Por conseguinte, a ideia de “coisificação dos animais” se mostra em estado de superação no contexto alienígena/estrangeiro/internacional. Assim, expressões como “coisas”, “semoventes”, “propriedade”, “recursos” ou “bens”, ainda seriam, em verdade, uma “confissão espontânea de nossa brutalidade e egoísmo” (Levai, sem ano, p. 27).

Atrelado a ideia dos animais como “sujeitos de direitos”, “dignos” e distantes agora das antigas concepções de “coisificação”, Francione acrescenta ao assunto a essência do princípio básico da igualdade e do direito à “igual consideração”, discorrendo que:

Se quisermos levar os interesses dos animais a sério e dar conteúdo à nossa professada rejeição à infligência de sofrimento desnecessário a eles, só podemos fazer isso de uma maneira: aplicando aos animais o princípio da igual consideração, ou a norma de que devemos tratar semelhantes semelhantemente. Não há nada de exótico ou particularmente complicado no princípio da igual consideração (Francione, 2013, p. 28-29).

No que tange ao princípio da igual consideração, Singer (2002) o considera como um axioma moral básico que nos permite a defesa de uma forma de igualdade que contemple todos os seres humanos, não podendo, contudo, ficar restrita a estes, ampliando-se aqui a inclusão dos animais. Considerando esse princípio como

uma “sólida base moral” para as relações com outros seres de nossa própria espécie, “também somos obrigados a aceitá-la como uma sólida base moral para as relações com aqueles não pertencem à nossa espécie: os animais não-humanos [sic]” (Singer, 2002, p. 65).

A CF/88 se preocupa quanto à vedação de práticas que proporcionem situações degradantes aos animais, consoante os termos do seu artigo 225, §1º, inciso VII. Sendo assim, operou-se a criação de alguns órgãos responsáveis para a fiscalização do tratamento animalista. Com essas iniciativas, intenta-se evitar práticas abusivas contra os seres não humanos. Um dos órgãos mais importantes no Brasil, com este dever, é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Singer, 2002).

Conforme Sarlet (2012), como resultado dos avanços consideráveis no que tange a tutela constitucional do meio ambiente e dos animais, no direito internacional, no direito comparado e na legislação brasileira, se destaca um debate ainda crescente sobre a titularidade de direitos fundamentais aos não humanos.

Sobre isso, há autores que defendem a existência de “direitos dos animais similares aos direitos da pessoa humana”: C. Susteain, M. Nussbaum, Cass Sunstein, T. Fensterseifer, dentre outros. Todavia, mesmo não existindo ainda o reconhecimento majoritário dos animais como titulares de direitos fundamentais, deve persistir o nosso dever quanto à proteção de suas vidas e dignidade.

Em complemento, almeja-se, a seguir, ampliar o caráter axiológico dos direitos dos animais, de modo a reconhecê-los como sujeitos de direitos, portadores de dignidade e respeito. Para que tal conscientização atinja a patamares sociais visíveis, a Educação Ambiental e o robustecimento dos entendimentos jurisprudenciais se tornarão primordiais para a atribuição de valor de causa.

4 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL E ALGUNS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS NA ATRIBUIÇÃO DE UM VIÉS VALORATIVO AOS ANIMAIS

Pelos ensinamentos de Levai (2019), dentre as maneiras que se pode salvaguardar o animal, reconhecendo-se os seus direitos no paradigma atual, a mais relevante forma se faz por meio da educação, sobretudo com a participação dos pais e professores, ensinando-se os valores supremos da vida mediante o respeito dos demais seres existentes.

Uma Educação Ambiental pressupõe-se “uma nova conduta humana, uma retomada de valores, para que o ser humano se conscientize e livre os animais de tanto sofrimento” (Moulin, 2009, p. 223). Nesse aspecto, os educadores ambientais citam, como um dos principais objetivos da Educação Ambiental, o desenvolvimento do respeito ou da reverência a todas as formas de vida (Miller Junior, 2012). Afinal, “a conscientização ambiental tem feito parte do discurso da educação ambiental” (Gaudiano, 2005, p. 170).

A partir do momento em que a conscientização em torno do assunto exposto for debatido e difundido, será possível aumentar a potencialidade da sua relevância em âmbito global. Mas para isso, conforme Leff (2001), será necessário uma racionalidade ambiental na incorporação das bases do equilíbrio ecológico.

Decorrente da preocupação do legislador pátrio em torno da defesa dos animais e dos seus direitos, consolidou-se a Proteção Ambiental pela Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), que abrange os crimes contra a fauna em seu artigo 29, e no seu artigo 32 inclui também a proteção dos animais domésticos ou domesticados (provavelmente por estarem mais próximos da rotina e empatia dos seres humanos). Historicamente,

A primeira legislação de proteção aos animais no Brasil foi promulgada no Governo de Getúlio Vargas em 10 de julho de 1934 (Decreto Federal 24.645/34). Posteriormente, em 1941, a Lei das Contravenções Penais em seu art. 64 da LCP, proibia a crueldade contra os animais e em 1998, finalmente, a contravenção tornou-se crime ambiental (art. 32 da Lei 9.605/98), entretanto a penalidade é demasiadamente irrisória. (Dutra, sem ano, p. 951).

Ademais, como um importantíssimo fruto em torno da preocupação social quanto ao tema, surge a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, adotada pela Liga Internacional dos Direitos do Animal, aprovada em Paris, em 15 de outubro de 1978, com o apoio da UNESCO. Em seu sentido objetivo, “a matéria tem ganhado a estatura constitucional” (Sampaio, 2013). Dentre os diversos direitos nela previstos, têm-se o direito do animal de ser respeitado, de não se submeter a tratamentos cruéis, de ter proteção, atenção e cuidados pelo ser humano, de não ser abandonado, dentre outros pontos.

Para as considerações finais da linha intelectual do presente capítulo, é imprescindível uma análise exemplificativa da proteção jurisprudencial brasileira em torno do Direito Animal. Logo, o breve apontamento de alguns marcos consideráveis se torna primordial. Como primeiro grande exemplo, para a maior corte jurisdicional do Brasil, houve um forte posicionamento quanto a **vaquejada** no país, tornando inconstitucional a Lei nº 15299/2013 do Estado do Ceará que a regulava.

Consoante os ensinamentos de Canotilho e Leite (2007), há também um posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à **farra do boi**, no Estado de Santa Catarina, buscando-se o significado constitucional de crueldade. Havia uma dicotomia entre quem o considerasse censurável constitucionalmente e quem achava disso uma simples prática cultural protegida pela

Constituição (conforme o Ministro Maurício Corrêa). Nesta questão, o Ministro Francisco Rezek se posicionou no sentido de evidenciar o caso sob um aspecto de crueldade e abusos.

Como outro marco, na linha de julgados brasileiros, têm-se a análise das corriqueiras **brigas de galo**, onde o STF reafirma a noção de crueldade e da incompatibilidade dessa prática cultural ser aceita no nosso ordenamento jurídico, o que pode ser observado pela ADIN nº 1.856-6, do Rio de Janeiro.

Em suma, nas palavras de Canotilho e Leite (2007) quanto a tais julgados, trata-se de manifestações “que não podem ser situadas sob o consenso de proteção autorizado pela ordem constitucional brasileira, reproduzindo manifestações incompatíveis com os objetivos de concretização de um Estado democrático de Direito Ambiental” (Canotilho; Leite, 2007, p. 384).

Almejou-se, portanto, expor os mais marcantes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de reconhecer os direitos dos seres não humanos, de modo a dotá-los de dignidade, respeito e valor. Considerando tais questões, é primordial prezar por uma nova visão no paradigma sociojurídico atualmente vivenciado, sobretudo quanto ao Direito Animal, de modo a vislumbrar os animais como portadores de respeito humano em suas perpetradas condutas.

Com isso, ao nos depararmos com práticas que envolvam os animais, devemos distinguir e fundamentar a distinção do que vem a ser, de fato, condutas culturais *versus* as práticas cruéis e abusivas que disso possam resultar. É primordial para a causa que, o que deve prevalecer é o valor dos animais enquanto seres desprovidos de qualquer modo de subjugação antrópica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos dos animais possuem aqui uma análise atenta em face da conjuntura social atual. Em um primeiro momento, buscou-se apontar, brevemente, sobre a evolução histórica dos direitos dos seres não humanos. Observou-se que algumas concepções cristãs e judaicas, conforme os dizeres da Bíblia Sagrada, bem como alguns posicionamentos iluministas e filosóficos, aderem ao uso dos animais enquanto parte do domínio antrópico em prol da satisfação das necessidades humanas. Mas também há quem discorde.

Quanto a isso, o aspecto da “coisificação” dos animais é uma concepção ainda enraizada na sociedade hodierna como fruto desses posicionamentos supracitados já obsoletos. Mudar uma mentalidade social é difícil, mas não impossível. Para isso, um reconhecimento gradativo do aspecto axiológico dos direitos dos animais se faz primordial no atual paradigma sociojurídico.

A ideia patrimonialista de coisificação dos animais está sendo superada pelo fortalecimento do aspecto da igualdade ética, moral e valorização da sua dignidade, sobretudo de modo a reconhecê-los como sujeitos de direitos. A doutrina animalista atual se encaminha para tal posicionamento. Isso pode ser observado também por alguns casos jurisprudenciais, que exemplificam os atuais julgados sobre a “guarda compartilhada” dos pets que são objetos de litígios nos casos de dissolução familiar, não sendo mais tratados como “posse” ou meros “objetos”.

A jurisprudência brasileira, adotando o reconhecimento gradativo desses valores pelo direito comparado, segue um entendimento exemplar de abominar práticas humanas rotuladas como “culturais”, caracterizadas, em verdade, pela notória crueldade animal projetada. Como exemplos, têm-se a proibição da vaquejada, ferra do boi e briga de galos enquanto impactantes marcos pela causa animalista.

Nessa sina, é essencial uma efetiva Educação Ambiental na ampliação da conscientização social em torno dessas questões, tendo o Brasil leis sobre o assunto e ainda sendo signatário da própria Declaração Universal dos Direitos dos Animais (para enfatizar a pertinência do tema).

Um entendimento atualizado e bem aceito se faz no sentido de reconhecer a dignidade dos animais, valorizando os seus direitos, os respeitando, os dotando de uma base moral e ética, de modo a abolir o seu domínio pelos humanos, assim como refutar as práticas horrendas contra eles (como a tortura, os maus tratos, o abandono), os elevando à condição de seres não humanos sujeitos de direitos. Dessa forma, conforme os dizeres de Leonardo da Vinci, “Chegará o dia em que todo homem conhecerá o íntimo dos animais. Nesse dia, um crime contra um animal será considerado um crime contra a própria humanidade.”⁶

REFERÊNCIAS

ABILIO, Juan Roque. Os direitos fundamentais dos animais não humanos: o ultrapassar fronteiras da Constituição para além da coexistência à convivência moral e ética dos seres sencientes. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1132>. Acesso em: 11 out. 2023.

APEL, Karl Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução: Benno Dischinger. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 30, n. 1, p.106-136, jan-jun. 2020. E-ISSN: 2358-4777. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36777/21078>. Acesso em: 15 jun. 2023.

6 Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NzUzNTMw/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 185-6/ RJ**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634> Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 153531/SC**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4983**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23889398/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4983-ce-stf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.713.167 - SP (2017/0239804-9)**. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1713167_04519.pdf?Signature=EiFSQkmHXOaYur9YKwvtgzfstEg%3D&Expires=1554223761&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e772f9f8d3380e42de1850485acaa424. Acesso em: 19 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). Vários autores. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos Direitos dos Animais**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DUTRA, Valéria de Souza arruda. **Animais, sujeitos de direito ou sujeitos de uma vida?** Sem ano. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/valeria_de_souza_arruda_dutra-2.pdf. Acesso em: 6 nov. 2023.

FORNASIER, Mateus de Oliveira, TONDO, Ana Lara. Experimentação animal na indústria de cosméticos e teoria do direito: uma análise sistêmica dos “direitos humanos dos animais”. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v.12, n. 02, p. 43 - 82, Mai – ago. 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22943>. Acesso em: 6 nov. 2023.

FRANCIONE, Gary, L. **Introdução aos Direitos dos Animais: Seu filho ou seu cachorro?** Tradutora: Regina Rheda. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

GAUDIANO, Edgar Gonzalez. **Educação ambiental**. Tradução: Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto PIAGET, 2005.

LEANDRINI, Caroline Silva. Do bem estar dos animais domésticos: reconhecimento da família pluriespécie e a guarda. Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Maria Aparecida Alkimin, Florianópolis: **CONPEDI**, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/31726126/xxv_congresso_do_conpedi_-_curitiba_biodireito_e_direitos_dos_animais_ii_maria_aparecida_alkimin_heron_jos%C3%89_de_santana_gordilho. Acesso em: 13 out. 2023.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução: Lúcia Mathilde Endlich Orth. 4ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

LEVAI, Laerte Fernando. A Luta Pelos Direitos Animais no Brasil: Passos para o futuro. In: **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 7, volume 10, Jan-Jun 2012. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8402/6020>. Acesso em: 11 out. 2023.

LEVAI, Laerte Fernando. Maus-tratos a animais: Ações e Reflexões. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Editora Consulex, a. XV, n. 358, p. 32-35, dez. 2011.

LEVAI, Laerte Fernando. **Os animais sob a visão da ética**. Sem ano. Disponível em: https://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf. Acesso em: 6 nov. 2023.

MILLER JUNIOR, G. Tyler, 1931. **Ciência ambiental**. Tradução: All Tasks; revisão técnica Welington Braz Carvalho Delitti. 11ª edição norte americana. 5ª reimpressão da 1ª edição de 2007. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MOULIN, Carolina Corrêa Lougon. Consumo de animais: o despertar da consciência. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 4, n. 5, 2014. DOI: 10.9771/rbda.v4i5.10632. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10632>. Acesso em: 8 nov. 2023.

NUSSBAUM, Martha. Para além de “compaixão e humanidade” – justiça para animais não humanos. In: MOLINARO, C. A.; MEDEIROS, F. L. F.; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: Uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek; CHALFUN, Mery. Biodireito e direito dos animais. Recurso eletrônico on-line, organização CONPEDI. Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu; Mônica Neves Aguiar Da Silva; Heron José de Santana Gordilho -Florianópolis: **CONPEDI**, 2017. Disponível em: <https://>

www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/kh115op5/Nchi7ILL579jcQT7.pdf. Acesso em: 11 jun. 2023.

REDAÇÃO. Sancionada lei que aumenta punição a quem maltrata cães e gatos. **Agência Senado**, 30 set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/30/sancionada-lei-que-aumenta-punicao-a-quem-maltrata-caes-e-gatos?_gl=1*3ip5fl*_ga*MTMxODEzNjQ0Ni4xNjk5NTI3MTIx*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTUyNzEyMC4xLjAuMTY5OTUyNzEyMC4wLjAuMA. Acesso em: 8 nov. 2023.

REGAN, Ton. **Jaulas vazias**: encarando os desafios dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANCIONADA lei que aumenta punição para maus-tratos de animais: A legislação abrange animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos e prevê pena de reclusão de dois a cinco anos para prática de abuso e maus tratos. **Gov**, 10 jan. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2020/09/sancionada-lei-que-aumenta-punicao-para-maus-tratos-de-animais#:~:text=Com%20o%20objetivo%20de%20frear,tratos%2C%20ferir%20ou%20mutilar%20animais>. Acesso em: 8 nov. 2023.

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

SILVA, Raquel Torres de Brito. A atuação da advocacia animalista no estímulo da educação animal. In: SILVA, Raquel Torres de Brito *et al.* (org.). **Diálogos da advocacia animalista**. Prefácio de Vicente de Paula Ataíde Junior. Aracaju, SE: Criação Editora, 2021.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os Animais no Direito Brasileiro: Desafios e Perspectivas. **Revista Amicus Curiae**, v.12, n.2, pp. 184-202, jul./Dez, 2015. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/2334/2288>. Acesso em: 22 jun. 2023.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Unesco, 1978. Disponível em: <https://www.apasfa.org/leis/declaracao.shtml>. Acesso em: 8 nov. 2023.

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: O DISCURSO DOS SEUS DEFENSORES, PRINCIPAIS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E A GERAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO

TITO BASILIO SÃO MATEUS¹

1 INTRODUÇÃO

Em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei Ordinária Federal n° 13.467², responsável por promover profundas mudanças na disciplina legislativa das relações de trabalho no país. Conhecida como reforma trabalhista, a norma foi antecedida de intensos debates entre os atores políticos nacionais acerca dos pressupostos, objetivos e, principalmente, efeitos na realidade socioeconômica do Brasil.

Do lado dos proponentes³, a defesa das modificações pressupunha a necessidade de reduzir os custos e entaves da contratação de mão-de-obra, contribuindo, lado a lado com as demais

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e especialista em Meio-Ambiente e Sustentabilidade pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Atua como advogado na Justiça do Trabalho há mais de 10 anos. Atualmente é pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade CERS. E-mail: titobasilio@janeterezaadvocacia.com.br.

2 A lei está disponível no *link*: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

3 A título de exemplo, em reportagem veiculada no portal virtual da BBC Brasil em 26/04/2017, intitulada Reforma Trabalhista: o que dizem os que defendem que vai gerar empregos?, o então Ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira, defendia a necessidade de modernização da legislação trabalhista, compreendida como demasiadamente protecionista. Estimava, inclusive, o potencial de criação de cerca de 5 milhões de postos formais de trabalho com as mudanças. A notícia está disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>.

reformas (tributária, administrativa e previdenciária), para a nossa modernização econômica. A flexibilização das regras e a ênfase na autonomia negocial, principais nortes das mudanças, criariam, em síntese, ambiente de maior competitividade para as empresas e, como consequência, impulsionariam o crescimento econômico.

Por outro lado, aqueles contrários⁴ ao então projeto de lei identificavam nas propostas efeitos deletérios para os trabalhadores do país ante a supressão ou flexibilização de direitos assegurados pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), Decreto-Lei nº 5.452/1943⁵. Na contramão dos defensores da proposta, compreendiam que as mudanças, em detrimento de potencializar melhorias econômicas, redundariam na precarização das condições de trabalho, da remuneração e, logo, da condição social da maioria assalariada da nação, impactando os indicadores da nossa economia.

Com amplo apoio do Congresso Nacional e do Poder Executivo, à época sob a gestão do presidente Michel Temer, a proposta saiu vitoriosa, foi sancionada e, desde o final de 2017, a disciplina normativa do trabalho no Brasil foi profundamente transformada, com a prevalência de novos - e radicalmente distintos dos anteriores - paradigmas legais.

Passados quase quatro anos de introduzidas as mudanças, a aferição dos seus impactos no mercado de trabalho é possível e necessária. Afinal, compreender se houve correspondência entre o discurso dos seus defensores e a realidade posteriormente experimentada pelos trabalhadores do país é crucial tanto para o

4 Em notícia veiculada no portal virtual da Central Única dos Trabalhadores (CUT) em 19/04/2017, com o título *CUT explica porque Reforma Trabalhista é desastre completo*, a entidade questiona diversos pontos do então projeto de lei e identifica que o objetivo seria reduzir os direitos dos trabalhadores e enfraquecer a atuação da Justiça do Trabalho. O acesso à notícia pode ser feito pelo *link*: <https://www.cut.org.br/noticias/cut-explica-porque-reforma-trabalhista-e-desastre-completo-para-o-trabalhador-e598>

5 O acesso ao decreto-lei pode ser feito pelo *link*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

diagnóstico dos benefícios ou não da reforma, quanto para a análise crítica das alegações dos agentes políticos que a encamparam. Este é o objetivo principal deste trabalho.

Para tanto, no primeiro tópico são apresentados os pressupostos, as justificativas e os objetivos propalados para a aprovação das mudanças, analisando-as no contexto do papel do Estado na economia e na perspectiva do setor produtivo nacional.

A seguir, detalha-se de que forma tais pretensões, incorporadas pelo legislativo, foram instrumentalizadas nas modificações introduzidas pela Lei n° 13.467/2017 ao ordenamento jurídico nacional, modificando-se radicalmente a CLT. Demonstra-se, ademais, como tais mudanças transformaram o paradigma da disciplina legal das relações laborais no país e, ainda, as repercussões delas na finalidade constitucionalmente assegurada aos direitos sociais.

No terceiro momento, é analisado eventual impacto direto da reforma no nosso mercado de trabalho, através da análise de dados de indicador socioeconômico, contrapondo o discurso dos seus defensores. A análise recai sobre a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)⁶ Contínua, do Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), em especial quanto às taxas de ocupação/desocupação e formalidade/informalidade dos trabalhadores brasileiros.

Por fim, nas considerações finais, é avaliado se, dentro dos limites do presente trabalho, a reforma trabalhista por si só atingiu os objetivos propostos por seus idealizadores, sugerindo a necessidade de análise das mudanças introduzidas com as repercussões na própria disciplina *justralhista* e sua inserção para a construção de sociedade mais justa.

6 Os dados foram obtidos a partir do portal virtual no link: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>

2 METODOLOGIA E MARCO TEÓRICO

Para elaboração do artigo, foi utilizado o raciocínio científico⁷ predominantemente indutivo, compreendido como “um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 86).

A opção por ele se deu na medida em que o objetivo principal do presente parte da análise de dados das taxas de ocupação/informalidade do trabalho no país para aferir correspondência deles com o discurso dos proponentes e defensores da reforma. Assim, o ponto de partida são elementos particulares de análise para, posteriormente, apresentar constatações gerais acerca do objeto, conforme raciocínio indutivo.

Quanto aos procedimentos metodológicos, foram utilizados o levantamento bibliográfico sobre os temas abordados no trabalho, a coleta e análise de dados da Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílios Continua (PNAD Continua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), da legislação abordada (Decreto-lei n° 5.452/43 e Lei n° 13.467/2017) e de documentos, especificamente os relatórios e pareceres do então projeto de lei da reforma trabalhista.

Quanto ao primeiro, foram pesquisados o Portal de Periódicos da CAPES e da Scielo, com a inserção dos termos “Reforma Trabalhista”, “Lei n° 13.467/2017” e “Mercado de Trabalho”, obtendo-se gama significativa de produções científicas acerca das

7 Foi utilizado o conceito elaborado por Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Teresa Fonseca Dias e Camila Silva Nicácio (2020), as quais compreendem os tipos indutivo, dedutivo, indutivo-dedutivo, hipotético-dedutivo e dialético como raciocínios científicos, compreendendo-os mais como processos mentais aplicados a uma verificação científica do que propriamente métodos ou técnicas.

mudanças implementadas em si. Porém, ao delimitar a relação entre a reforma trabalhista e os impactos no mercado de trabalho, a quantidade reduz sobremaneira. Abordagens semelhantes à proposta do presente foram identificadas em Antunes e Boucinhas Filho (2019), Machado e Thomé Neto (2020) e Trovão e Araújo (2018), com distintos enfoques e análises.

O primeiro trabalho possui abordagem predominantemente econômica, avaliando indicadores básicos da economia a fim de aferir o impacto da reforma nas melhorias deles. Diferencia-se do presente ao não se ater aos dados da PNAD Contínua do IBGE e, ainda, por não ter como foco a avaliação do discurso dos defensores das mudanças e as repercussões na disciplina trabalhista e na sua finalidade.

Já o segundo enfoca a inserção da reforma no fenômeno da globalização, analisando a mudança aqui introduzida como acontecimento inserido internacionalmente e decorrente da expansão do neoliberalismo. Em termos de análise de dados, há restrição da abordagem ao ano de 2019, utilizando-se indicadores do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho e Emprego, pelo que identicamente se diferencia da avaliação aqui feita.

O último analisa a Lei nº 13.467/2017 no contexto das transformações do capitalismo no final do século XX e suas repercussões no mercado de trabalho. Faz abordagem histórica da transição de Estado de Bem-Estar social para outro com a predominância das ideias neoliberais. Ao final, também utiliza dados do CAGED até agosto de 2018. O período de análise após a vigência da reforma trabalhista é, portanto, de 9 meses, com a não utilização das taxas apuradas pelo IBGE, diferenciando-se igualmente do presente por tais motivos.

Já o levantamento dos dados teve como foco as taxas de ocupação/ desocupação e formalidade/informalidade

apurados trimestralmente pela Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Foi utilizado como marco inicial - e de referência para comparação - os dados do último trimestre de 2017, momento em que a reforma foi aprovada. A partir das taxas inicialmente apuradas, foi feito o comparativo delas com as dos trimestres posteriores, até o primeiro trimestre de 2021 (últimas informações disponíveis), a fim de aferir melhoria ou não no cenário do trabalho no país.

Quanto ao marco teórico, foram utilizadas principalmente as contribuições de Américo Plá Rodriguez (1996), Maurício Godinho Delgado (2017 e 2018) e Gabriela Neves Delgado (2017).

O primeiro é referência mundial nos princípios que fundamentam a disciplina do direito do trabalho, pelo que foi utilizado como base para avaliar a contraposição entre as mudanças implementadas pela reforma trabalhista e os nortes axiológicos que fundam e diferenciam a disciplina *justrabalhista* das demais jurídicas, com os impactos decorrentes nesse ramo específico do direito.

Já os outros dois autores foram instrumentais básicos para analisar o momento histórico em que a legislação trabalhista foi inicialmente consolidada, seus pressupostos fáticos e jurídicos e, ainda, as repercussões das mudanças implementadas no papel do direito do trabalho e dos direitos sociais para a consecução de objetivos básicos da nossa República, previstos constitucionalmente, como a construção de sociedade menos desigual e a erradicação da pobreza.

Tais referenciais, ademais, foram utilizados para fazer o contraponto entre o discurso dos defensores da reforma de geração de postos de trabalho e a condição jurídica dos empregados após as modificações legislativas introduzidas no nosso ordenamento jurídico.

Após a análise dos dados, através do raciocínio científico indutivo, os três principais marcos teóricos são utilizados, por fim, para auxiliar nas conclusões gerais obtidas no artigo acerca das repercussões

e consequências por ora verificadas das mudanças implementadas pela Lei n° 13.467/2017 na realidade dos trabalhadores do país.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 Justificativas dos proponentes da reforma trabalhista

Apesar de sofrer modificações pontuais, a estrutura normativa infraconstitucional básica que disciplina a relação de trabalho formal no país remontava, até a reforma trabalhista, ao ano de 1943, no qual, sob o regime autoritário de Getúlio Vargas, foram consolidadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-Lei n° 5.452) as então leis vigentes esparsas.

O período Varguista é unanimemente reconhecido como de forte intervenção do Estado na economia, seja de forma direta, com a criação de diversas das grandes empresas de infraestrutura nacionais (CSN, Vale, Petrobras, por exemplo), seja através do papel regulatório, intervindo no funcionamento do mercado, hipótese justamente da CLT. Sobre o momento histórico e as transformações introduzidas, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 129) aponta:

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas, mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, por meio de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema *justabalhista*, estreitamente controlado pelo Estado.

Nessa medida, na perspectiva dos proponentes e defensores da reforma, o próprio momento histórico no qual a legislação foi concebida era revelador dos diversos entraves que a legislação

impunha contemporaneamente ao setor produtivo, já que fruto de momento político marcadamente protetivo dos trabalhadores.

A legislação era, sob tal perspectiva, considerada arcaica, inadequada para a atualidade e as necessidades atuais do nosso desenvolvimento econômico. No próprio parecer⁸ do então Projeto de Lei n° 6.787/2016 (posteriormente convertido na Lei 13.467/2017), o relator, Deputado Rogério Marinho, explicita:

O Brasil de 1943 não é o Brasil de 2017. Há 74 anos éramos um país rural, com mais de 60% da população no campo. Iniciando um processo de industrialização, vivíamos na ditadura do Estado Novo, apesar disso, o governo outorgou uma legislação trabalhista que preparava o país para o futuro. Uma legislação que regulamentava as necessidades do seu tempo, de forma a garantir os patamares mínimos de dignidade e respeito ao trabalhador.

Hoje, estamos no século XXI, na época das tecnologias da informação, na época em que nossos telefones celulares carregam mais capacidade de processamento do que toda a NASA quando enviou o homem à lua. As dinâmicas sociais foram alteradas, as formas de se relacionar, de produzir, de trabalhar mudaram diametralmente.

Novas profissões surgiram e outras desapareceram, e as leis trabalhistas permanecem as mesmas. Inspiradas no fascismo de Mussolini, as regras da CLT foram pensadas para um Estado hipertrofiado, intromissivo, que tinha como diretriz a tutela exacerbada das pessoas e a invasão dos seus íntimos. O respeito às escolhas individuais, aos desejos e anseios particulares é garantido pela nossa Lei Maior. Não podemos mais negar liberdade às pessoas, não podemos mais insistir nas teses de que o Estado deve dizer o que é melhor para os brasileiros negando-os o seu direito de escolher. Precisamos de um Brasil com mais liberdade.

8 Acessado através do *link*: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

A contextualização, nessa medida, era de aparato normativo que, inclusive, na percepção do relator, cerceava a liberdade dos brasileiros, ao intervir sobremaneira nas relações de trabalho. Havia a necessidade de adequação para o momento nacional e internacional atual, marcado pelas inovações tecnológicas, surgimento de novas profissões e distintas formas de se relacionar em termos laborativos.

Para o setor produtivo, a legislação trabalhista era vista, efetivamente, como um dos principais fatores para o conhecido “Custo Brasil”, alcunha adotada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) desde 1995⁹ e síntese das dificuldades experimentadas pelos empresários do país no ambiente negocial. Empregar capital humano, dados justamente os encargos trabalhistas, era (e ainda é) um dos 12 elementos que caracterizam o elevado índice do indicador. Em notícia veiculada no portal da própria CNI¹⁰, explicita-se:

Quais são os fatores que geram o Custo Brasil?

Encontrar formas de superar os obstáculos colocados pelo Custo Brasil tem sido o desafio do empresário da indústria desde a segunda metade da década de 1990. E o maior deles é a burocracia.

Estudo do Banco Mundial envolvendo 145 países apontou que, dez anos após o lançamento do Plano Real, o Brasil ocupava a posição de segundo pior país para fazer negócios. À frente apenas do Chade, nação africana sem saída para o mar, com renda per capita equivalente a um quarto da brasileira.

Na comparação com países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Custo Brasil é composto por 12 elementos. Entre eles estão os custos para empregar capital humano (de R\$ 260 bilhões a R\$ 320 bilhões), para honrar tributos (de R\$ 240 bilhões a R\$

9 <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/competitividade/ha-mais-de-25-anos-termo-custo-brasil-sintetiza-obstaculos-ao-desenvolvimento/>

10 Idem.

280 bilhões) e para dispor de infraestrutura (de R\$ 190 bilhões a R\$ 230 bilhões).

O presidente do conselho executivo do Movimento Brasil Competitivo (MBC), Rogério Caiuby, destaca que os 12 fatores identificados como constituintes do Custo Brasil podem ser agrupados em cinco obstáculos para o empreendedor brasileiro: 1) acessar o capital; 2) empregar o capital humano; 3) enfrentar o custo da infraestrutura logística; 4) obter segurança jurídica; e 5) pagar tributos.

Assim, a reforma trabalhista estava inserida na adequação do ambiente negocial brasileiro para patamar mais competitivo, objetivando contribuir para a redução do “Custo Brasil”.

Alessandro de Melo (2011) elenca que esse objetivo da CNI foi objeto de documento elaborado ainda em 2008 como conclusão do 3º Encontro Nacional da Indústria. Nele, são abordados a terceirização, as despesas de contratação, o conflito e insegurança jurídica nas relações de trabalho, a rotatividade e questões de saúde e segurança do trabalho como obstáculos ao desenvolvimento.

O pressuposto do documento é o de que as relações de trabalho se tornaram defasadas ante às mudanças no setor produtivo (MELO, 2011), pelo que as mudanças eram imprescindíveis para a modernização econômica e, como consequência, a geração de postos de trabalho. No próprio parecer do relator identicamente é apontada essa pretensão¹¹:

O compromisso que firmamos, ao aceitar esta tarefa, não foi com empresas, com grupos econômicos, com entidades laborais, sindicatos ou com qualquer outro setor. O nosso compromisso é com o Brasil. É com os mais de 13 milhões de desempregados, 10 milhões de desalentados e subempregados

11 Acessado através do *link*: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

totalizando 23 milhões de brasileiros e brasileiras que foram jogados nessa situação por culpa de equívocos cometidos em governos anteriores. [...]

Nos parece muito claro quais são esses desejos. O povo anseia por liberdade, anseia por emprego, deseja poder empreender com segurança. Vivemos em um país onde se discute os termos do contrato de trabalho na sua rescisão e não no momento da sua assinatura, uma ilógica inversão que desprotege os empregados e desincentiva as contratações.

A preocupação desta Casa, ao examinar a proposição, não pode se restringir ao universo dos empregados formais, é preciso pensar naqueles que estão relegados à informalidade, ao subemprego, muitas vezes por que a sua realidade de vida não se encaixa na forma rígida que é a atual CLT. A legislação trabalhista brasileira vigente hoje é um instrumento de exclusão, prefere deixar as pessoas à margem da modernidade e da proteção legal do que permitir contratações atendendo as vontades e as realidades das pessoas. [...] Assim, convivemos com dois tipos de trabalhadores: os que têm tudo – emprego, salário, direitos trabalhistas e previdenciários – e os que nada têm – os informais e os desempregados. A reforma, portanto, tem que almejar igualmente a dignidade daquele que não tem acesso aos direitos trabalhistas. E essa constatação apenas reforça a nossa convicção de que é necessária uma modificação da legislação trabalhista para que haja a ampliação do mercado de trabalho, ou seja, as modificações que forem aprovadas deverão ter por objetivo não apenas garantir melhores condições de trabalho para quem ocupa um emprego hoje, mas criar oportunidades para os que estão fora do mercado.

Nessa medida, o objetivo declarado da proposta legislativa era o de resguardar os postos de trabalho então existentes e, mais ainda, aumentá-los significativamente através da inserção dos informais na formalidade. O então Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, declarou em diversas oportunidades a criação

de aproximadamente 6 milhões de empregos no prazo de 10 anos com a aprovação da reforma¹².

A mesma linha de discurso foi adotada pelos grandes meios de comunicação. Aparecido Pires de Moraes Sobrinho (2019) analisou as notícias veiculadas pelo Portal G1 no período de 2016 a 2017 e concluiu que houve a incorporação da defesa da reforma trabalhista nos mesmos moldes dos agentes políticos.

As referências à essencialidade dela a fim de evitar colapso econômico, a contraposição entre a necessidade de “nova” legislação ante a “velha” CLT e a promessa de geração de empregos eram a tônica das reportagens analisadas pelo pesquisador. O autor sintetiza:

No geral, o contexto dessas matérias é o de convencer a população brasileira da necessidade da aprovação da RT – haja vista a crise política e econômica instalada após as eleições presidências de 2014 – que, de acordo com o governo e os agentes econômicos, a RT se faz necessário para que o país volte a crescer e gerar empregos, logo o objetivo final é a aprovação da RT. (MORAES SOBRINHO, 2019)

Nessa medida, tanto os agentes políticos defensores da reforma, quanto grande parte da mídia, assumiram a promessa de impulsionamento social e econômico do país, em benefício de todos, inclusive dos assalariados, desde que se reduzisse a intervenção do Estado na regulação da economia através da transmutação de legislação protetiva para outra inspirada na autonomia negocial e na flexibilização das garantias trabalhistas.

A Lei 13.467/2017, em síntese, incorporou no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da intervenção mínima, oriundo das ideias neoliberais da economia, diminuindo o papel regulatório e

12 A título de exemplo: <https://g1.globo.com/economia/noticia/nova-lei-trabalhista-vai-gerar-mais-de-6-milhoes-de-empregos-diz-meirelles.ghtml>

fiscalizatório do Estado no liame estabelecido entre empregado e empregador (MACHADO; THOMÉ NETO, 2020) com o propalado objetivo de geração de postos de trabalho.

3.2 Principais modificações legislativas introduzidas pela Reforma Trabalhista e o Direito do Trabalho

Para concretizar o objetivo de dar prevalência à autonomia negocial às partes e flexibilizar as normas então existentes, a reforma trabalhista modificou o Decreto-Lei n° 5.452/43 em 97 artigos¹³, ensejando profundas mudanças na regulação do trabalho no Brasil. Dada a restrição do presente, não serão esmiuçadas todas as modificações, porém é imprescindível elencar as principais delas e, especialmente, as transformações do paradigma da disciplina normativa das relações trabalhistas no país.

A CLT foi concedida a partir do pressuposto fático de que o liame estabelecido entre o empregador e empregado é de desigualdade material¹⁴, pelo que o contratado, por ser materialmente

13 Vale destacar que o projeto de lei originário (n° 6.787/2016) previa a mudança pontual de apenas sete artigos da CLT e oito artigos da Lei n° 6.019/1974, norma que disciplina o trabalho temporário, com o objetivo de “dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário”. Após a chegada da proposta à Câmara dos Deputados, os deputados desvirtuaram o projeto de lei inicial e implementaram, em 07 meses, a maior mudança na disciplina laboral da história do nosso país. Sobre a celeridade da tramitação e suas consequências, conferir o trabalho de Roberto Di Benedetto (2017).

14 É essencial compreender que, para o Decreto-Lei n° 5.423/43, existe distinção entre emprego e trabalho. Nem todo trabalhador é empregado, apesar de todo empregado ser trabalhador. O conceito de empregado está previsto no art. 3° da CLT e depende da demonstração dos seguintes requisitos: a) pessoalidade – trabalho desenvolvido de forma pessoal (sem possibilidade de substituição) pelo trabalhador; b) não eventualidade – necessidade da prestação do serviço não ser esporádica/eventual, ou seja, exigir frequência c) onerosidade – necessidade de pagamento da disponibilização da mão-de-obra; d) subordinação – trabalhador deve desempenhar suas atribuições sob o comando do empregador, ou seja, sem autonomia. Quando não compreendido como empregado, o trabalhador pode ser prestador de serviço, autônomo, profissional liberal. A informalidade, porém, não significa necessariamente e para a lei que o tratamento jurídico do trabalhador informal não deva ser o de empregado, desde que preenchidos os requisitos referidos.

hipossuficiente, possui preponderância na atenção da norma.

Essa constatação da realidade reflete na consolidação de princípio básico para o direito do trabalho, qual seja, o da proteção do empregado, norte axiológico fundante da disciplina *juslaboral*, como aponta uma das principais referências na matéria o jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez: “o princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito igualmente, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (RODRIGUEZ, 1996, p. 28).

Nessa medida, de forma distinta aos contratos de natureza cível, a legislação trabalhista fixa, independente de previsão contratual expressa, diversos direitos ao empregado, os quais, ademais, foram parcial e posteriormente assegurados na vigente Constituição Federal. A título de exemplo, garantias constitucionais como 13º salários, férias com adicional de 1/3, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)¹⁵ e mesmo infraconstitucionais (como, por exemplo, intervalo intrajornada mínimo de 1h para jornadas posteriores à 6h) independem de pactuação entre quem emprega e o empregado.

De fato, portanto, o direito do trabalho possui caráter protetivo ao trabalhador, com o objetivo de contrabalancear juridicamente a desigualdade aferível empiricamente entre o tomador da mão-de-obra e aquele que a disponibiliza. Esse é o fundamento da área e o que a diferencia da disciplina cível comum (RODRIGUEZ, 1996).

A reforma trabalhista tenta modificar esse paradigma, incorporando à disciplina legal o princípio da intervenção mínima do Estado. Em detrimento de considerar a hipossuficiência do empregado, pressupõe normativamente patamar de igualdade de

15 Esse núcleo mínimo de direitos, previstos no art. 7º da Constituição Federal, não foi objeto, ao menos de forma direta, de modificações pela Lei nº 13.467/2017, ante a impossibilidade de norma hierarquicamente inferior modificar superior.

condições entre as partes para negociar os termos do contrato, atribuindo maior liberdade para estabelecer direitos e deveres do liame empregatício.

Regula, nessa medida, diversas hipóteses de flexibilização de direitos infraconstitucionais antes assegurados, reverte várias compreensões consolidadas pelos Tribunais do Trabalho do país, além de incorporar como legais diversas formas de contratação antes compreendidas como ilícitas. Dentre as dezenas de mudanças, para o objetivo do presente, ressalta-se que a reforma¹⁶:

a) Estabeleceu, no art. 611-A da CLT, vários institutos em que o contrato individual prevalece sobre lei, dentre as quais: a) sobre a duração do trabalho; b) banco de horas e compensação de jornada; c) intervalo intrajornada, respeitando-se o mínimo de 30 minutos para jornada superior a 6h; d) enquadramento de adicional de insalubridade;

b) Firmou a possibilidade de acordo individual, inclusive *tácito*, de compensação de jornada – §6º, art. 59 da CLT. A medida possibilita que jornada constitucional de 8h seja elastecida, mesmo que ausente previsão expressa contratual, através de acordo direito entre o empregado e o empregador;

c) Criou diversas formas de contratação que não exigem os requisitos da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade), como:

c.1) o contrato intermitente, art. 443 da CLT, no qual o empregado possui vínculo, porém recebe apenas quando convocado para trabalhar (modifica sobremaneira o conceito de tempo à disposição do empregado);

c.2) o contrato do autônomo, com exclusividade e continuidade, e que, apesar disso, não é empregado, art. 442-B da CLT. Trata-se de inovação contrária aos requisitos do art. 2º da própria CLT, com a introdução de figura jurídica manifestamente

16 O texto da Lei 13.467/2017, no qual é possível identificar todas essas mudanças, está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

anômala, já que o prestador do serviço possui exclusividade e continuidade, estando, pois, presentes a subordinação e não eventualidade, e, apesar disso, não é empregado;

d) Previu a possibilidade de, via acordo coletivo, reduzir direitos atinentes à segurança e saúde ocupacional, tais como:

d.1) Restringir o intervalo intrajornada a 30 minutos para as jornadas superiores a 6h – inc. III, art. 611-A da CLT;

d.2) Enquadramento do grau de insalubridade – inc. XII, art. 611-A da CLT;

d.3) Prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem anuência das autoridades de fiscalização do trabalho e emprego – inc. XIII, art. 611-A da CLT;

e) Cessou diversos direitos então assegurados jurisprudencialmente, como a incorporação dos valores pelo exercício de função de confiança por mais de 10 anos (Súmula 372, item I do C. TST) através do §2º, art. 468 da CLT, a natureza salarial e pagamento integral do intervalo intrajornada supresso, §4º, art. 71 da CLT, a equiparação salarial, art. 461 da CLT, ao fixar diversos critérios (praticamente inatingíveis) para obter o direito;

f) Criou modalidade de distrato, compreendida como acordo, art. 484-A da CLT, na qual o empregado recebe, pela metade, o aviso prévio indenizado e a indenização do FGTS e, na íntegra, o restante das verbas rescisórias, e a figura jurídica do *acordo extrajudicial*, com homologação pela Justiça, art. 885-B e ss. da CLT.

Também quanto ao funcionamento da Justiça do Trabalho, a Lei nº 13.467/2017 introduziu diversas modificações, assim exemplificadas:

a) Fixou que o Judiciário Trabalhista não pode criar obrigações não previstas em lei, §2º, art. 8º da CLT, e, quanto às convenções e acordos coletivos, a atividade jurisdicional está restrita à análise das formalidades legais da norma coletiva, §3º, art. 8º da CLT;

- b) Criou procedimento que restringe sobremaneira a fixação ou revogação das Súmulas e Enunciados de jurisprudência uniforme pelo C. TST, alínea 'f', inc. I, art. 702 da CLT;
- c) Restringiu as hipóteses de concessão da Justiça Gratuita, firmando regra objetiva de ter direito apenas os que recebam até 40% do teto do salário-de-benefício do INSS, correspondente a R\$ 2.573,42, §3º, art. 790 da CLT;
- d) Paralelamente, firmou honorários de sucumbência, inclusive recíprocos, e o dever de pagamento de honorários periciais mesmo com concessão da justiça gratuita à parte vencida nos processos, arts. 791-A e 790-B da CLT;
- e) Ainda, firmou a possibilidade de pagamento dos honorários sucumbenciais de determinado processo com o crédito de outro, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, §4º, art. 791-A da CLT.

Portanto, a reforma trabalhista modificou tanto diversos dos direitos então previstos, quanto regras procedimentais do funcionamento da Justiça do Trabalho, mudanças inspiradas no pressuposto da autonomia negocial e igualdade de condições entre as partes. Os objetivos, verificáveis pelas próprias previsões exemplificativas, eram o de flexibilizar os contratos e criar limites para a atuação do judiciário, como declaradamente pretendido pelo relator do projeto de lei.

Trata-se, nessa medida, de efetiva tentativa de reduzir a intervenção do Estado na regulação social, possibilitando, na linha do quanto defendido pelo setor produtivo, maior liberdade aos empregadores e empregados na definição dos parâmetros dos contratos e, ademais, restringindo a atuação judicial, tudo sob o prisma de geração de postos de emprego e melhoria dos indicadores econômicos.

A pretensão, porém, encontra arestas nos próprios princípios fundantes do direito do trabalho e na sua finalidade de ser instrumento de contrabalanceio da desigualdade material verificada na nossa sociedade.

Sob tal aspecto, a disciplina jurídica trabalhista está inserida no contexto da tentativa de implementar, em especial a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), Estado de Bem-Estar Social no país.

Lado a lado com os direitos sociais (artigo 7º da CF/88), estão a previdência, a assistência social, o acesso universal à saúde e à educação, garantias incorporadas ao nosso ordenamento jurídico via CF/88 e que objetivavam criar condições de vida digna para a população brasileira, através da participação de todos os atores sociais, inclusive dos entes estatais.

Nesse sentido, o direito do trabalho é um dos instrumentos para atingir objetivos fundamentais da nossa República, como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, previstos no inciso III, do artigo 3º da Constituição Federal. Tanto assim que o artigo 1º também da Carta Magna elenca o valor social do trabalho como um dos princípios que a fundam, lado a lado com a dignidade da pessoa humana, conforme incisos III e IV.

A análise da reforma trabalhista, portanto, não pode desconsiderar a inserção da disciplina trabalhista nos pilares constitucionais voltados para a construção de uma sociedade justa, fraterna e com menor desigualdade.

Nesse sentido, em uma análise crítica e sob o enfoque do princípio da igualdade, postulado umbilicalmente relacionado ao da proteção, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado concluem sobre as mudanças:

Os campos sociais do Direito se tomaram, na Democracia, o segmento privilegiado de afirmação da nova concepção constitucional do princípio da igualdade em sentido material. Este princípio, conforme se sabe, propõe o tratamento jurídico diferenciado aos indivíduos na medida de sua desigualdade, como fórmula civilizatória voltada a propiciar

maior igualdade entre eles. Em todos os segmentos do Direito Social, o Direito do Trabalho constitui aquele que mais fortemente se construiu e se desenvolveu a partir do princípio da igualdade em sentido material.

A nova lei, entretanto, simplesmente desconsidera o princípio constitucional da igualdade em sentido material. O esvaziamento extremado desse princípio se dá quer pela desregulamentação do Direito do Trabalho que a nova lei intenta, quer pela flexibilização das normas imperativas desse campo jurídico, quer pela acentuação do poder unilateral do empregador nessa relação socioeconômica e jurídica, quer pelas severas restrições que implementa ao acesso à justiça à pessoa humana do trabalhador. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 42)

Além de ignorar a inserção constitucional do direito do trabalho, a mudança do paradigma legal implementada pela reforma trabalhista intenta modificar, através de imposição legislativa, os pressupostos e princípios do ramo do direito do trabalho, desconsiderando a desigualdade material verificada na realidade socioeconômica do nosso modo de produção vigente.

Em detrimento da proteção à parte hipossuficiente da relação, a prevalência da autonomia para a negociação dos termos do contrato pressupõe igualdade de condições entre as partes contratantes, regra geral não verificada no liame estabelecido entre empregado e empregador.

Há, nessa medida, caminhar em sentido contrário ao que Américo Plá Rodriguez apontava ao detalhar os fundamentos do princípio da proteção:

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. (RODRIGUEZ, 1996, p. 30)

A origem do direito do trabalho, nessa medida, pressupõe justamente a aferição empírica de que o liame entre o empregado e o empregador é de desigualdade material. Daí decorrem seus princípios fundantes e as normas que regem o vínculo. Ao ignorar esse aspecto da realidade capitalista, a Lei nº 13.467/2017 subverte os nortes axiológicos da disciplina, o que identicamente exige dos que a analisam olhar atento aos impactos dela no próprio ramo específico do direito.

Essas profundas modificações tinham como promessa dos seus defensores a contrapartida da geração de postos de trabalho, a melhoria dos indicadores econômicos e, logo, da realidade da massa assalariada do nosso país. É imprescindível, portanto, a análise dos dados respectivos.

3.3 Dados do mercado de trabalho entre o quarto trimestre de 2017 e o primeiro trimestre de 2021

Passados quase 4 anos da aprovação da reforma trabalhista, é possível e necessário analisar se a retórica utilizada no embate político pelos que defenderam as mudanças efetivamente foi materializada. Afinal, efetivamente foram introduzidas as modificações que flexibilizaram direitos e outorgaram às partes maior autonomia para negociação dos termos do contrato, pelo que imprescindível verificar a repercussão ou não de tais mudanças no mercado de trabalho do país, como propalado.

A verificação de tais dados, ademais, é essencial dada a inserção, antes ressaltada, do direito do trabalho na construção dos objetivos da nossa República, posto que a redução de garantias sem o benefício da melhoria econômica importaria, além da própria precarização do liame empregatício, no caminho oposto ao de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

Para o objetivo do tópico, a análise recai exclusivamente sobre os dados obtidos através das PNAD's contínuas do IBGE.

Evidentemente essa abordagem possui limites, próprias, inclusive, do objetivo do presente.

Não se ignoram os diversos fatores micro e macroeconômicos que influenciam na ampliação ou redução de postos de trabalho, como, por exemplo, o crescimento ou não do PIB e a grave crise sanitária que vivemos desde 2020. O objetivo, porém, é analisar, como defendido à época pelos proponentes, se a reforma trabalhista por si só teve a aptidão de melhorar o cenário de empregabilidade e da economia do país. Uma contribuição, portanto, acerca da correspondência entre o escopo retórico do embate político e a realidade vivida posteriormente.

A reforma trabalhista entrou em vigor em 11/2017. O ponto de partida de comparação, portanto, será o trimestre que se encerrou em 12/2017, a fim de verificar se, nos períodos posteriores, o mercado de trabalho respondeu positivamente às mudanças implementadas.

No referido trimestre, dados da PNAD contínua indicam que o Brasil teve taxa de desocupação¹⁷ estimada em 11,8%¹⁸. A população ocupada (88,2%) foi estimada em 92,1 milhões de pessoas, dos quais 67,6% de empregados (incluindo empregados domésticos), 4,8% de empregadores, 25,2% de pessoas que trabalharam

17 O IBGE adota o seguinte conceito de pessoas desocupadas: “São classificadas como desocupadas na semana de referência as pessoas sem trabalho em ocupação nessa semana que tomaram alguma providência efetiva para consegui-lo no período de referência de 30 dias, e que estavam disponíveis para assumi-lo na semana de referência. Consideram-se, também, como desocupadas as pessoas sem trabalho em ocupação na semana de referência que não tomaram providência efetiva para consegui-lo no período de referência de 30 dias porque já o haviam conseguido e iriam começá-lo em menos de quatro meses após o último dia da semana de referência”. (IBGE, 2017).

É essencial compreender, identicamente, que a taxa de ocupação e desocupação considera o contingente da população em idade de trabalhar, ou seja, na força de trabalho. No ano de 2017, da população inteira do Brasil, cerca de 61,8% estavam na força de trabalho e 38,2% estavam fora da força de trabalho. (IBGE, 2017).

18 PNAD contínua 4T2017, do IBGE. Acessada através do *link*: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2017_4tri.pdf

por conta própria e 2,4% de trabalhadores familiares auxiliares. Ainda, 75% dos empregados do setor privado tinham carteira de trabalho assinada, ou seja, possuíam vínculos celetistas formalizados. A tabela abaixo ilustra:

Indicador	4T2017
Taxa de desocupação	11,8%
Taxa de ocupação	88,2%
Empregados	67,6%
Empregadores	4,8%
Trabalhadores por conta própria	25,2%
Trabalhadores de familiares auxiliares	2,4%
Empregados do setor privado com carteira assinada	75%

Esses dados são essenciais para a presente análise: compreender a taxa de desocupação e ocupação a fim de verificar eventual impacto da reforma nos indicadores básicos do mercado de trabalho e aferir se houve ou não redução da informalidade, outra das promessas dos proponentes da reforma. Nos trimestres do ano imediatamente posterior foram observados os seguintes indicadores:

Indicador	1T2018	2T2018	3T2018	4T2018
Taxa de desocupação	13,1%	12,4%	11,9%	11,6%
Taxa de ocupação	86,9%	87,6%	88,1%	88,4%
Empregados	67,4%	67,6%	67,5%	67,1%
Empregadores	4,8%	4,8%	4,8%	4,9%
Trabalhadores por conta própria	25,3%	25,3%	25,4%	25,6%
Trabalhadores de familiares auxiliares	2,5%	2,3%	2,4%	2,3%
Empregados do setor privado com carteira assinada	75,4%	74,9%	74,1%	74,9%

Os dados do primeiro ano após a aprovação da reforma (2018) indicam que não houve, ao menos inicialmente, um impacto direto na redução da taxa de desocupação e, identicamente, da informalidade. A taxa de desocupação, inclusive, sofreu aumento nos

dois primeiros trimestres do referido ano (de 11,8% para 13,1% e 12,4%). O percentual dos trabalhadores com carteira assinada no setor privado permaneceu basicamente o mesmo, com leves flutuações.

A oscilação para o primeiro trimestre (1T18) tem um componente de sazonalidade, já que é habitual o aumento da desocupação no início de cada ano. Ainda assim, os trimestres posteriores (2T18, 3T18 e 4T18) não indicaram redução das taxas comparativamente ao parâmetro de referência (4T17), com exceção de leve oscilação de 0,2 p.p no 4T19. Já em 2019, os dados da PNAD Contínua foram:

Indicador	1T2019	2T2019	3T2019	4T2019
Taxa de desocupação	12,7%	12%	11,8%	11%
Taxa de ocupação	87,3%	88%	88,2%	89%
Empregados	66,9%	67,1%	67%	67,2%
Empregadores	4,8%	4,7%	4,7%	4,7%
Trabalhadores por conta própria	25,9%	25,9%	26%	26%
Trabalhadores de familiares auxiliares	2,4%	2,4%	2,3%	2,2%
Empregados do setor privado com carteira assinada	74,7%	74,3%	73,6%	74%

Como se constata, há novo aumento comparativo ao quarto trimestre de 2017 da taxa de desocupação, atingindo nos dois primeiros trimestres 12,7% e 12%. A partir do terceiro trimestre, observa-se leve queda do indicador, até atingir 11% no último trimestre de 2019, 0,8 p.p inferior ao marco de referência.

No referido ano, porém, há uma oscilação para menor da taxa dos empregados do setor privado com carteira assinada, reduzindo o percentual para menos de 75% na média dos quatro trimestres, com a contrapartida da majoração da proporção dos trabalhadores por conta própria. Há, portanto, aumento da informalidade.

Os dados de 2020 e 2021 (última pesquisa disponível foi a do primeiro trimestre do presente ano) obtiveram os seguintes resultados:

Indicador	1T2020	2T2020	3T2020	4T2020
Taxa de desocupação	12,2%	13,3%	14,6%	13,9%
Taxa de ocupação	87,8%	86,7%	85,4%	86,1%
Empregados	66,9%	67%	66,5%	66,1%
Empregadores	4,8%	4,7%	4,7%	4,6%
Trabalhadores por conta própria	26,2%	26%	26,4%	27,0%
Trabalhadores de familiares auxiliares	2,1%	2,2%	2,4%	2,4%
Empregados do setor privado com carteira assinada	75%	77,7%	76,5%	75%

Indicador	1T2021	2T2021	3T2021	4T2021
Taxa de desocupação	14,7%	-	-	-
Taxa de ocupação	85,3%	-	-	-
Empregados	65,4%	-	-	-
Empregadores	4,4%	-	-	-
Trabalhadores por conta própria	27,8%	-	-	-
Trabalhadores de familiares auxiliares	2,4%	-	-	-
Empregados do setor privado com carteira assinada	75,3%	-	-	-

O ano de 2020 é, evidentemente, atípico, ante a pandemia do novo coronavírus, que impactou sobremaneira os indicadores econômicos. Não obstante, a intensificação dela no Brasil se deu a partir de março e abril do referido ano, quando diversas medidas restritivas à economia foram adotadas. Nessa medida, é possível, com as devidas ressalvas, comparar os dados do primeiro trimestre de 2020 com o marco do presente trabalho.

Nele, observa-se que a taxa de desocupação era de 12,2%, 0,4 p.p acima do quatro trimestre de 2017. O patamar dos trabalhadores por conta própria também oscilou para mais em 1 p.p, mantendo-se a proporção, dentro do setor privado, dos que possuíam carteira assinada (cerca de 75%).

Nessa medida, há um aumento tanto dos indicadores de pessoas desocupadas, o qual correspondia, à época (1T20), a aproximadamente 12 milhões e 700 mil brasileiros, quanto dos que

trabalhavam por conta própria, ou seja, não abrangidos pelo regime celetista, aos quais se somam o percentual dos que atuam no setor privado e não possuem carteira assinada. Em síntese, não se observou, de idêntica forma, a redução da informalidade.

Evidentemente, no período analisado, há flutuações observadas nos indicadores e, após, a crise do novo coronavírus, há aumento significativo da taxa de desocupação e da informalidade. Mesmo antes, porém, não se observava a relação de causalidade direta propalada pelos defensores da reforma e a melhora no mercado de trabalho.

Com exceção dos quartos trimestres de 2018 e 2019, todos os demais tiveram taxa de desocupação igual (3T19) ou superior (demais trimestres) ao marco de referência (4T17), com estabilidade ou aumento do trabalho informal.

Em síntese, os dados indicam que as mudanças implementadas pela Lei 13.467/2017 não determinaram, por si só, a geração de novos postos de trabalho e a redução da informalidade.

Idêntica conclusão foi a obtida por Cassiano José Bezerra Marques Trovão e Juliana Barcelar de Araújo (2018) ao analisarem os dados da ocupação formal e informal entre novembro de 2014 e agosto de 2018. Os autores aferiram que os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), do Ministério do Trabalho, corroboram aqueles da PNAD Contínua e indicam que a taxa de informalidade não se reduziu de maneira significativa e a de desocupação permaneceu nos mesmos patamares após a entrada em vigor da reforma trabalhista.

No mesmo sentido, foi a conclusão obtida por Antunes e Boucinas Filho:

Decisões empresariais devem obrigatoriamente levar em conta os cenários políticos, econômicos e o sistema legal do país, para traçar estratégias de médio e longo prazo. A lei trabalhista por si só não cria empregos, e, portanto, a reforma

trabalhista somente poderia gerar os postos de trabalho prometido se ela fosse implantada num momento de estabilidade política e de economia estável e crescente. Como o cenário citado não é a realidade do Brasil, o aumento de empregos esperado só virá atrelado a um crescimento da economia no momento em que também houver uma melhora do panorama político.

Conclui-se também que a geração de novos empregos não acontece pontualmente por apenas um fator, mas sim por um contexto político e econômico maior. No momento em que se tem uma economia saudável e segurança jurídica, as empresas estão mais dispostas a investir em novos projetos, gerando assim novos empregos. Novos investimentos e novos empregos podem gerar mais renda, com a possibilidade de criar ciclos positivos para a contabilidade nacional propiciando também o aumento do PIB. (ANTUNES; BOUCINAS FILHO, 2019, p. 12)

Também na mesma linha de investigação, Luciana de Aboim Machado e Robert Thomé Neto (2020), ao analisar dados colhidos até o quarto trimestre de 2019 do CAGED, concluíram tanto que inexistiu a geração de postos de trabalho, quanto que a realidade dos trabalhadores brasileiros foi a de crescimento significativo dos autônomos, com redução de renda.

Assim, seja a análise dos dados do presente, sejam os anteriores trabalhos na mesma linha, apontam conclusão idêntica: inexistente relação causal direta entre a aprovação da Lei n° 13.467/2017 (reforma trabalhista) e a geração de postos de trabalho/redução da informalidade no Brasil.

Até o momento, portanto, a análise das taxas permite inferir que as profundas mudanças implementadas não cumpriram o anunciado e propalado pelos defensores da proposta. Em contrapartida, a introdução da norma no ordenamento jurídico brasileiro efetivamente modificou a disciplina das relações de emprego,

com a flexibilização de diversas garantias anteriormente previstas, além de desconsiderar princípios fundantes do direito do trabalho.

Nessa medida, a inferência inicial é a de que, para grande parte da população do país (os assalariados), a reforma trabalhista não representou qualquer tipo de benefício, tanto econômico ao possibilitar a geração de postos de trabalho, quanto de preservação de direitos trabalhistas anteriormente vigentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista foi uma das medidas apresentadas por seus defensores como necessária para a modernização da economia do país, já que permitiria maior autonomia negocial entre empregado e empregador, reduziria os entraves burocráticos e os encargos da contratação de mão-de-obra. Contribuiria, em síntese, para a redução do “Custo Brasil”, com a conseqüente geração de postos de trabalho.

Passados mais de quatro anos do início de sua vigência, a análise dos dados das PNAD’s contínuas do IBGE (entre o 4T17 e o 1T21) sobre ocupação/desocupação e formalidade/informalidade possibilita a inferência de que inexistente relação direta entre as modificações introduzidas na regulação do trabalho do país e o aumento da ocupação e a redução do trabalho informal, como então defendido pelos baluartes das mudanças.

Por não ser o escopo do presente trabalho, não foram analisadas as circunstâncias macroeconômicas que influenciaram não atingir o objetivo pretendido, anunciado e defendido com afinco pelos defensores da reforma trabalhista: criação de milhões de postos de trabalho e redução da informalidade.

Apesar disso, o discurso dos agentes políticos que a encamparam era a de relação direta entre a aprovação das mudanças e a melhoria do cenário econômico, o que não se verificou até o presente

momento, passados mais de três anos de vigência da nova disciplina legal. Houve, assim, no processo legislativo e na divulgação das mudanças por parte significativa da mídia hegemônica, escamoteamento de diversas variáveis relevantíssimas que identicamente interferem na geração de postos de emprego.

Por outro lado, contrapondo os defensores da reforma trabalhista, estavam os que a compreendiam como mecanismo de supressão de direitos e precarização das formas de trabalho no país.

Mesmo que aferir a materialização de tais previsões exija análise específica e passível de objeto de outros estudos, é salutar questionar até que ponto a redução declarada de garantias e a criação de figuras jurídicas anômalas ao regime celetista podem, de fato, importar ou não a deterioração da condição socioeconômica dos assalariados brasileiros. Ou, sob outro enfoque, em qual medida a desregulamentação trabalhista efetivamente contribui para a geração de postos de trabalho e melhoria da condição de vida dos trabalhadores.

Nesse aspecto, não há dúvidas de que a reforma trabalhista modificou profundamente os pressupostos da disciplina *justralhista* no país, com a flexibilização das normas então vigentes e a prevalência da autonomia negocial entre as partes. A introdução de tais mudanças, cujo pressuposto econômico é a redução da intervenção estatal na economia, desconsidera a inserção constitucional dos direitos sociais na construção de sociedade menos desigual, conforme objetivos da nossa República, e os próprios pressupostos do específico ramo do direito, como o seu norte principal: o princípio da proteção.

Na medida em que essas profundas mudanças não tiveram, por ora, sequer a contrapartida da melhoria econômica anunciada pelos seus defensores, a conclusão que se infere é a de que, até o momento, as consequências das modificações introduzidas pela Lei 13.467/2017, sob a perspectiva do trabalhador brasileiro, foram

apenas de desregulamentação, flexibilização de garantias trabalhistas e fragilização dos direitos sociais enquanto instrumentos para construção de sociedade mais justa.

Evidentemente o presente artigo não exaure a investigação das repercussões da nova disciplina legal, inclusive ante as restrições de análise dele acerca dos aspectos econômicos em torno do tema, o marco temporal e as mudanças ordinárias da dinâmica social. Trata-se, apenas, de reflexão inicial, a qual devem ser somadas novas análises e estudos nas mais diversas áreas de conhecimento, a fim de, finalmente, compreender se a reforma trabalhista trouxe (ou trará) benefícios ao conjunto da nossa sociedade ou não passará efetivamente de mera promessa da retórica político-econômica.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Catharina Mörschbacher de Almeida. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Reforma trabalhista e geração de emprego**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <<https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/pibic/reforma-trabalhista-e-geracao-de-emprego>>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BENEDETTO, Roberto Di. Revendo mais de 70 anos em menos de 7 meses: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. **Espaço Jurídico**, 2017, Vol.18 (2), p.545-568

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2017. Relatório comentado do 4º trimestre de 2017.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2017_4tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2018. Relatório comentado do 1º trimestre de 2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_1tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2018. Relatório comentado do 2º trimestre de 2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_2tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2018. Relatório comentado do 3º trimestre de 2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_3tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2018. Relatório comentado do 4º trimestre de 2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_4tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2019. Relatório comentado do 1º trimestre de 2019.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_1tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2019. Relatório comentado do 2º trimestre de 2019.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_2tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2019. Relatório comentado do 3º trimestre de 2019.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_3tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2019. Relatório comentado do 4º trimestre de 2019.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_4tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua, 2020. Relatório comentado do 1º trimestre de 2020.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_1tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, 2020. Relatório comentado do 2º trimestre de 2020.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_2tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, 2020. Relatório comentado do 3º trimestre de 2020.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_3tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, 2020. Relatório comentado do 4º trimestre de 2020.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_4tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, 2021. Relatório comentado do 1º trimestre de 2021.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2021_1tri.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.787. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Parecer final do relator do projeto. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BBC. **Reforma trabalhista: o que dizem os que defendem que vai gerar empregos?** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

CNI. **Há mais de 25 anos, termo Custo Brasil sintetiza obstáculos ao desenvolvimento.** Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/competitividade/ha-mais-de-25-anos-termo-custo-brasil-sintetiza-obstaculos-ao-desenvolvimento/>>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

CUT. **CUT explica por que reforma trabalhista é um desastre completo para o trabalhador.** Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/cut-explica-porque-reforma-trabalhista-e-desastre-completo-para-o-trabalhador-e598>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18ª Ed. São Paulo: LTr, 2018.

G1. **Nova lei trabalhista deve gerar mais de 6 milhões de empregos, diz Meirelles.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/>>

nova-lei-trabalhista-vai-gerar-mais-de-6-milhoes-de-empregos-diz-meirelles. ghtml>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 5ª Ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MACHADO, Luciana de Aboim; THOMÉ NETO, Robert. Globalização econômica: análise dos efeitos jurídicos e econômicos no mercado pós reforma trabalhista. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, 2020-04-24, Vol.2 (23), p. 218.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Alessandro. A reforma trabalhista da Confederação Nacional da Indústria. **Revista Trabalho Necessário**, v. 9, n. 12, 13 jun. 2018.

MORAES SOBRINHO, Aparecido Pires de. Análise do discurso da reforma trabalhista nas notícias do G1, 2016-2017. **Revista Pegada – A Revista da Geografia do Trabalho**, v. 20, n. 3, 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

TROVÃO, Cassiano José Bezerra Marques; ARAÚJO, Juliana Bacelar de. Transformações no mercado de trabalho e a experiência brasileira pós-reforma de 2017. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 7, n. 12, p. e15712639, 2018. DOI: 10.33448/rsd-v7i12.639. Disponível em: <https://rsd-journal.org/index.php/rsd/article/view/639>. Acesso em: 18 sep. 2021.

A LAJE COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A SUA AUTONOMIA JURÍDICA

LUCIANA MORAES DO NASCIMENTO ARGÔLO¹

HEIDY TAIANE ROCHA SANTOS²

EDSON JOSÉ SÁ JÚNIOR³

ELLEN CLAUDIA DA SILVA SANTOS⁴

ALANA CARDOSO DE ARGÔLO SILVA⁵

O sistema de propriedade privada é a garantia de liberdade mais importante, não apenas para aqueles que possuem propriedades, mas para aqueles que não a possuem.

(Friedrich Hayek, 1994)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito, que em síntese regula a vida em sociedade, é mutável, pois assim é a sociedade. Logo, deve encontrar-se sempre atento às suas nuances, ou seja, buscar entender as relações sociais nas

1 Advogada e Mediadora extrajudicial. Mestra e Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: lucianamoraesn@hotmail.com

2 Advogada. Mestra em Educação pela Universidade Tiradentes – UNIT.

3 Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi. E-mail: edsonjsj.adv@hotmail.com

4 Advogada. Mediadora formada pelo Nupemec do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e Certificada pelo conselho Nacional de Justiça. Pós-Graduada em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade São Luiz de França. Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Unimais/SP. Especialista em Direito Civil e do Consumidor pela Escola Superior do Judiciário de Sergipe – EJUSE.

5 Advogada graduada em Direito pela Universidade Paulista. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especializada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica. Mediadora e Conciliadora pela TASP. Membro da Comissão de Direito Médico na OAB/SP

suas mais variadas gradações. Os diversos textos legislativos, as decisões judiciais em constante mutação, as palavras dos estudiosos jurídicos, enfim, toda a cadeia jurídica em seus mais diversos aspectos almeja, à medida que a sociedade evolui em algum sentido, acompanhar tal evolução, e suprir as lacunas jurídicas ainda existentes.

Nas palavras de Farias e Rosenvald⁶, o legislador deve acompanhar as demandas trazidas pela sociedade, regularizando de direito o que já existe no campo fático, afinal, “soberano não é o legislador, soberana é a vida”. Além disso, para que as mudanças se faça efetivas, envolve-se diversos campos, incluindo o governo, organizações da sociedade civil e o setor imobiliário. Assim, a regularização fundiária traz a humanização ao processo de moradia popular da sociedade brasileira, dando ao cidadão o direito de regularizar a documentação do seu lar, conforme o mesmo foi construído.

Desta forma, como consequência de um fenômeno social totalmente espontâneo, precário, estreado nas periferias brasileiras é que nasce a laje, que se caracteriza como um elemento estrutural, uma construção superior ou até mesmo inferior de uma unidade residencial ou comercial, sem qualquer atribuição de fração ideal, como ocorre no condomínio edilício.

Diante deste panorama, concebe-se como objetivo geral e de maneira bem efêmera, pois esta é a proposta do presente estudo, analisar a laje como mecanismo de concretização da função social da propriedade, bem como, sua autonomia jurídica.

Frente a esta problemática, o presente artigo justifica-se a pela necessidade de discutir a aplicação do novel instituto do direito real de laje. Para alcançar os objetivos, ora apresentados, fora

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito de família**- rev. ampl. atual. Salvador: Ju0sPodivm, 2010.v.6. Pág. 05

utilizada como estratégia de estudo, a pesquisa bibliográfica e documental, o caráter exploratório, por meio da análise de diversos livros, periódicos, dissertações e teses que versam sobre o assunto.

Como método de abordagem, será utilizado o Dialético, no qual os principais argumentos e opiniões que norteiam o estudo do presente tema serão analisados e confrontados, almejando, desta forma, se chegar ao consenso pretendido.

Não obstante, como método auxiliar, serão utilizados os métodos comparativo e histórico. Enquanto o primeiro será utilizado para comparações dos argumentos e opiniões dos principais autores que se posicionam sobre a matéria abordada, o segundo método auxiliar, o histórico, será posto em prática quando do rápido levantamento histórico acerca do tema no Brasil, buscando um comparativo de como a evolução dessa tecnologia jurídica é de suma importância para o operador do Direito.

2. DO DIREITO REAL DE LAJE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Impossível iniciar tão relevante assunto sem ao menos versar sobre a realidade brasileira, a qual é conhecida por qualquer cidadão, seja brasileiro ou não, dado a globalização dos acontecimentos e dos veículos de comunicação.

O Brasil, é um país em desenvolvimento⁷ e como tal, ainda sofre de diversas mazelas sociais, como ausência de saúde, educação, segurança e moradia de qualidade para todos, direitos estes que são assegurados pela Lei Maior.

Como sabido, a moradia é um direito, que apesar de assegurado na Constituição Federativa do Brasil, não é de fato, uma realidade social. A ideia de moradia se torna tão distante do

7 RIBEIRO, Amarolina. **Países em desenvolvimento**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/geografia/paises-em-desenvolvimento/>. Acesso em 20 de julho de 2018.

cidadão brasileiro, que de forma involuntária e precária, acabou por principiar o fato social da laje, fato este, que passou a ser regulamentado pelo ordenamento jurídico penas recentemente.

Atento a essa realidade, o direito passou a discutir alguns entraves, pois não poderia quedar-se inerte sob a ótica do novo fato social, ora, como faria para separar a construção adicional da construção de origem? Seria considerado direito de superfície ou direito de usufruto? Em caso de eventual contrato de compra e venda, este seria válido ou não?

Note que são nuances teóricas que na prática causaram diversas dúvidas para os operadores do direito. Sendo assim, fora editada a Medida Provisória 759/2016, depois convertida na lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017⁸, além de ser inserida no rol dos direitos reais descritos no artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro. Válido frisar, que a lei fala sobre regularização fundiária, rural e urbana, dentre outros institutos, porém neste excerto será apenas visto os institutos ligados ao direito de laje propriamente dito.

Conceituando o instituto do direito real de laje o professor Cristiano Vieira Sobral Pinto⁹ assim leciona:

Dispõe a lei que o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção como objetivo de o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. O direito de laje abrange o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário

8 <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>. Acesso em 20 de julho de 2018.

9 PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 9 ed. rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2018. Pág. 902.

da construção-base, compreendido este último como a edificação do imóvel original.

Desta forma, cabe aqui esclarecer que, a laje pode ser construída tanto em terreno público quanto privado, seja acima da construção base ou abaixo, onde as mesmas não partilham da mesma fração ideal, considerando a construção adicional como um outro imóvel, sempre na projeção vertical.

Na análise do novel instituto, seus artigos, são bastante autoexplicativos, conforme pode ser observado em sua análise¹⁰, todavia, como o objetivo do presente estudo há de ser célere, nos ateremos, agora a função social da propriedade.

A função social da propriedade está intimamente ligada ao direito de propriedade, que conforme artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988¹¹, a propriedade atenderá a sua função social. Neste sentido, com a eloquência que lhe é peculiar, o jurista Dirley da Cunha Júnior¹² leciona:

Assim, o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da exigência do cumprimento de sua função social. Apesar de conexos, distingue-se o direito de propriedade com a sua função social. No entanto, conjugados esses dois princípios, a Constituição garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. E a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

10 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em 20 de julho de 2018.

11 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de julho de 2018.

12 CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspoivm, 2017. Pag. 634.

Em suma, deve-se salientar que a propriedade que não se confunde com a função social da propriedade, mas hão de caminhar juntas para efetivação do direito à moradia plena. Ora, a função social da propriedade também é um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme pode ser observado no próprio texto constitucional, em seu artigo 170.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade (BRASIL, 1988)¹³;

O fato da função social da propriedade ser um princípio da ordem econômica, demonstra o valor que a propriedade como um todo possui para a nossa sociedade, neste sentido, a propriedade se torna importante para a economia, face a sua geração e movimentação de renda. Para além do fator renda, a propriedade deve obedecer às normas afim de que a função social seja, de fato, alcançada, destacando aqui, os institutos da desapropriação sanção, do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, progressivo e demais situações.

Nesse sentido, o direito de laje, desde que obedecido os ditames legais, faz parte da função social. O Código civil instituiu todo o título XI de seu livro para tratar do instituto da laje. O artigo 1.510-A, em seu parágrafo 6º, e o artigo 1.510-B do Código Civil¹⁴, afirmam que a laje há de obedecer a posturas edilícias e

13 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/SF/legislacao/const/>. Acesso em: 24 out 2023.

14 BRASIL. **Lei 10.409**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 out 2023

urbanísticas vigentes, bem como observar as posturas previstas em legislação local. Sem sombra de dúvidas está a tratar da função social da propriedade.

Por fim, importante se faz a menção, também, acerca da ruína da construção base (laje), que conforme o Código Civil (2022)¹⁵, implica extinção do direito real de laje, salvo se este tiver sido instituído sobre o subsolo; e se a construção-base for reconstruída no prazo de 5 (cinco) anos, não afastando o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína.

3. A AUTONOMIA JURÍDICA DA LAJE.

Após as considerações, necessário se faz observar a autonomia jurídica da laje, uma vez que é inegável a segurança jurídica que a alteração legislativa trouxera.

Sobre as questões de ordem prática, pode-se afirmar que laje não pode ser considerada um condomínio e nem se confunde com este, já que detém características díspares. Ademais, a nova lei trouxera segurança jurídica aos alijados, pois formaliza uma situação, que na prática, já era exercida pelo mundo dos fatos não jurídicos. Logo, diante de tal regulamentação e autonomia, a laje passou a ser um instituto de direito, onde sua aquisição pode ocorrer por meio da usucapião ou até mesmo doação e/ou compra e venda, como verdadeiro direito real sujeito a quantificação pecuniária comum e não somente como direito de superfície.

15 BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 de julho de 2018.

Outrossim, há notória diferença com o usufruto, e neste sentido, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto¹⁶, afirmam:

Como, para a laje, diferentemente do que ocorre com a superfície (art. 1.369, segunda parte, CC), não há dispositivo expreso acerca da necessidade de forma pública ou outra especial, insta compreender que ambas as formas, respeitado o limite de valor (trinta salários mínimos), poderão ser utilizadas. Ainda neste ponto, de se afastar qualquer comparação com o usufruto para a fixação do valor do bem (no caso do usufruto, 1/3 do valor do imóvel), visto que a laje não tem valor vinculado à edificação previamente existente e pode ser objeto de avaliação própria, dado seu potencial para construção e utilidade direta. A laje deve ser objeto de valoração própria, dada sua extensão, qualidade, localização etc., e não há previsão legal acerca de qualquer percentual fixo derivado do imóvel original. Tendo a laje valor superior a trinta salários mínimos, impende reconhecer que será necessária a forma pública para sua validade do ato e posterior registro.

Desta forma, não há como negar os benefícios que foram trazidos com a introdução do direito real de laje no Código Civil brasileiro. Houvera diversos benefícios de ordem prática para a própria sociedade, a exemplo de facilidade para financiamento, pois o direito a laje passou a ser um bem desafetado da construção-base passível de quantificação pecuniária que pode servir como garantia em contratos de alienação fiduciária de bem imóvel.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil – volume único**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm. Pág 1529.

Mas não só, com a clareza que lhe é inerente, o doutrinador Nelson Rosenvald¹⁷, em sua obra *O Direito Civil Em Movimento – Desafios contemporâneos*, no capítulo “O Direito Real de Laje como nova Manifestação de Propriedade”, diferencia o escopo do direito de superfície de direito de laje, vejamos:

(...) em verdade, tratam-se de modelos jurídicos estruturalmente e funcionalmente diversos. No plano estrutural, o direito real de superfície é propriedade resolúvel (art. 1.375, CC) – que não demandará matrícula autônoma da acessão – caracterizada por uma suspensão temporária dos efeitos da cessão pela qual o implante realizado no solo será de titularidade do construtor pelo prazo negocialmente ajustado. Ao final do prazo previsto na averbação do registro, haverá o cancelamento do direito real. A seu turno, o direito de laje é propriedade perpétua, cujo registro no RGI ensejará uma nova matrícula, independente daquele aplicável à propriedade do solo ou de sua fração ideal, seja em termos de disposição à propriedade do solo ou de sua fração ideal, seja em termos de disposição ou do trânsito jurídico em geral. No aspecto funcional, há nexos finalístico entre a vocação do imóvel e da acessão a ser realizada na superfície. A superfície encontrará utilidade em investimentos econômicos que demandem exploração de propriedades ociosas (seja de extensas áreas abandonadas ou prédios que demandam reformas – superfície por cisão) ou mesmo, para o melhor desempenho da função social das cidades (art. 1.377, CC c/c art. 21 da lei 10.257/01), com a possibilidade de que particulares possam exercer atividades lucrativas (v.g. garagens subterrâneas, infovias), permitindo aos municípios a canalização de recursos para atividades essenciais e melhorando a qualidade de vida do cidadão. Já o direito de laje guarda

17 ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento – desafios contemporâneos – o direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. Págs. 258 e 259.

ambições diversas no plano finalístico, consistindo em elogiável forma de democratização do direito de propriedade do perfil liberal de uma instituição excludente de muitos (os ‘*erga omnes*’), e, paulatinamente, agrega mais uma camada: a de instrumento de acesso à vida digna para muitos brasileiros, os futuros lajeários!”.

Assim, caracterizando o imóvel construído em laje de outro imóvel, e que possua matrícula individualizada no registro imobiliário do Cartório de Registro daquela circunscrição, onde o primeiro imóvel está localizado, deve ser observada a sua individualidade para todos os fins legais, inclusive no tocante a impenhorabilidade, caso seja bem de família, não se comunicando com o imóvel de origem, caso esse venha a ser apontado como bem para responder por dívidas do proprietário anterior, além de estar sujeito ao Regime de Bens do matrimônio de seus proprietários.

Destarte, o judiciário brasileiro já vem decidindo que, havendo características de individualidade do imóvel, independência para a autonomia em seu funcionamento e atendido a função social do imóvel, esse deve ser tratado como um imóvel individual, inclusive, para fins de usucapião, negociação de alienação autônoma e individualização de matrículas, conforme jurisprudências recentes:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - NEGÓCIO JURÍDICO - DIREITO REAL DE LAJE - NECESSIDADE DE OBRAS ESTRUTURAIS NA CONSTRUÇÃO-BASE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INFORMAÇÃO À ADQUIRENTE - ERRO - ANULAÇÃO - DANOS MATERIAIS - RESTITUIÇÃO DE VALORES - DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA.

A ausência de informações pelo alienante de direito real de laje acerca da necessidade de realização de obras estruturais na construção-base enseja o reconhecimento de vício de

consentimento que atrai a anulação do negócio jurídico e a determinação de que as partes retornem ao “status quo ante”. A parte que comete ato ilícito e causa danos materiais à outra deve ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos sofridos. A insuficiência de informações que enseja a anulação do negócio jurídico, por si só, não é bastante para configurar lesão a direito da personalidade, na dimensão técnica integridade moral (honra, liberdade, intimidade, imagem e nome), pelo que improcedente a pretensão da parte contratante de haver reparação pecuniária por dano moral.

(TJ-MG - AC: 10362091058267002 MG, Relator: Renan Chaves Carreira Machado (JD Convocado), Data de Julgamento: 24/06/2020, Data de Publicação: 10/07/2020)¹⁸.

Constitucional, processual civil e civil – Ação de usucapião especial urbano – Reconvenção – Sentença de procedência do pleito autoral e de improcedência do pleito reconvenicional – Apelação cível – Preliminares – Ilegitimidade ativa, falta de interesse processual, inépcia da inicial e falta de documentos essenciais – Rejeição – Mérito – Usucapião especial urbano de imóvel construído em laje – Exercício ininterrupto e sem oposição, pelo prazo de 05 (cinco) anos, da posse como dono de imóvel urbano com área não superior a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) por pessoa que não seja proprietário de outro imóvel e que não tenha sido beneficiada por usucapião especial urbano anteriormente – Requisitos do art. 183 da Constituição Federal de 1988, do art. 9º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e do art. 1.240 do Código Civil preenchidos – Litigância de má-fé da parte autora – Inocorrência – Honorários advocatícios – Correção de ofício – Base de cálculo alterada para o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC – Sentença pontualmente modificada de ofício. I – A legitimidade e o interesse

18 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - AC: **10362091058267002**. MG, Relator: Renan Chaves Carreira Machado (JD Convocado), Data de Julgamento: 24/06/2020, Data de Publicação: 10/07/2020.

processual, como condições da ação, devem ser aferidos sob a óptica da Teoria da Asserção, não se podendo adentrar no exame da prova produzida nos autos. Precedentes do STJ; II – Na hipótese, além de os argumentos lançados pelos Apelantes ao suscitarem as preliminares se direcionarem ao acervo probatório, atrelando-se ao mérito da ação, a leitura da petição inicial revela a existência de interesse processual da parte autora bem como sua legitimidade ativa, não merecendo acolhida as preliminares; III – De igual modo, não há que se falar em inépcia da inicial nem em falta de documento essencial ao ajuizamento a ação de usucapião, estando a exordial instruída com os documentos mínimos exigidos, aí incluídos a planta de situação do imóvel usucapiendo e o seu memorial descritivo; IV – A hipótese trata de usucapião especial urbano de direito real de laje, instituto incluído no Código Civil pela Lei nº 13.465/2017, que lhe deu tratamento autônomo ao direito de propriedade da construção-base; V – Considerando que os requisitos do usucapião especial urbano previstos no art. 183 da CF/88, no art. 9º do Estatuto da Cidade e no art. 1.240 do CC – exercício ininterrupto e sem oposição, pelo prazo de 05 (cinco) anos, da posse como dono de imóvel urbano com área não superior a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) por pessoa que não seja proprietário de outro imóvel e que não tenha sido beneficiada por usucapião especial urbano anteriormente – foram devidamente atendidos, acertada a sentença que acolheu a pretensão autoral e rejeitou o pleito reconvenicional; VI – De igual modo, não há que se falar em litigância de má-fé da parte autora, a qual fez prova do direito alegado em sua exordial; VII – Não havendo capítulo condenatório e tendo a ação de usucapião natureza declaratória, a sentença deve ser modificada de ofício para alterar a base de cálculo dos honorários advocatícios, os quais devem corresponder a 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, e não mais da condenação, como fez constar o Juízo a quo; VIII – Em atenção ao art. 85, §11, do CPC, levando em conta o não provimento do recurso, é de se majorar os honorários advocatícios sucumbenciais de 10% (dez por cento) para 13%

(treze por cento) do valor atualizado da causa; IX – Recurso conhecido e desprovido. Sentença parcialmente modificada de ofício. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados de 10% (dez por cento) para 13% (treze por cento) do valor atualizado da causa. (Apelação Cível Nº 201900739208 Nº único: 0006686-42.2017.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Iolanda Santos Guimarães - Julgado em 22/03/2021)¹⁹.

Quando se fala no instituto da usucapião, por exemplo, (como este último caso julgado em 22/03/2021 pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe), no direito real de laje, há a possibilidade jurídica do pedido, conforme já ordena o Código Civil para os demais casos, desde que preenchidos todos os requisitos da prescrição aquisitiva. Para isso, não é necessário que a construção-base esteja regularizada, uma vez que a natureza originária da aquisição não exige modalidade anterior. Além disso, o novo registro Imobiliário sairá com descrição da nova unidade.

Em suma, o direito de laje diferencia do direito de superfície por todos os motivos já expostos acima, bem como, deve-se ter em mente que esta nova forma de aquisição da propriedade formulada pelo legislador é digna de aplausos, inclusive quanto ao Cartório de Registro de Imóveis que, conforme a lei analisada, deve reconhecer a laje como nova modalidade de direito real.

4.CAMINHOS METODOLÓGICOS

Neste momento, propício descrever os caminhos traçados para a construção da presente pesquisa, que tem como método

¹⁹ BRASIL, Tribunal De Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível Nº 201900739208**. Nº único: 0006686-42.2017.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Iolanda Santos Guimarães - Julgado em 22/03/2021.

procedimental a pesquisa bibliográfica, consistente na leitura seletiva e interpretativa de livros, artigos científicos, dissertações e teses e documental, por meio do exame de Leis Federais e sítios eletrônicos, com o escopo de interpretar a legislação posta e como a mesma se adequou à realidade social.

O método de abordagem foi o Dialético, no qual os principais argumentos e opiniões que norteiam o estudo do presente tema foram analisados e confrontados, almejando, desta forma, se chegar ao consenso pretendido.

Dentro desse contexto, se trata de uma pesquisa qualitativa, que conforme Gerhardt e Silveira (2008) não se preocupa com representatividade numérica, mas sim com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização etc. Para tanto, foi abordado, inicialmente, o contexto histórico do instituto do direito a laje, sua adequação do mundo jurídico, sua função social e autonomia, sucedendo a uma profunda análise social e jurídica do instituto em tela.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo analisar a Laje como Mecanismo de concretização da Função Social da Propriedade e a sua Autonomia Jurídica, para tanto, fora visto de forma célere as principais nuances sobre o tema, a exemplo do princípio da função social da propriedade, a propriedade em si, a diferenciação dos institutos, bem como, o conceito trazido pela doutrina acerca do direito de laje.

Em suma, conclui-se que, a novel legislação merece aplausos, uma vez que atendeu ao seu fim, adequando uma nova realidade surgida ao direito posto, adequando a legislação à função social da propriedade, este princípio explícito em nossa constituição Federal, demonstrando estar atento à realidade social brasileira,

facilitando o convívio em sociedade, já que, retirou apenas do mundo dos fatos e incluiu no mundo jurídico essa nova modalidade de direito real, que termina por abraçar significativa parcela da população brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/SF/legislacao/const/>. Acesso em: 24 out 2023.

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 de julho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em 20 de julho de 2018.

BRASIL, MPV 759/2016. **Medida Provisória nº 759/2016**. Brasília. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>. Acesso em 20 de julho de 2018.

BRASIL, Tribunal De Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível Nº 201900739208**. Nº único: 0006686-42.2017.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Iolanda Santos Guimarães - Julgado em 22/03/2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - **AC: 10362091058267002**. MG, Relator: Renan Chaves Carreira Machado (JD Convocado), Data de Julgamento: 24/06/2020, Data de Publicação: 10/07/2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspoivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil – volume único**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito de família- rev. ampl. atual**. Salvador: JuOsPodivm, 2010.v.6.

Noção elementar de direito. **Lições preliminares de direito**. Disponível em: <https://medium.com/anotações-de-direito/lições-preliminares-de-direito-e-f9edf8f5aa9>. Acesso em 21 de julho de 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 9 ed. rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2018.

RIBEIRO, Amarolina. **Países em desenvolvimento**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/geografia/paises-em-desenvolvimento/>. Acesso em 20 de julho de 2018.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento – desafios contemporâneos – o direito real de laje como nova manifestação de propriedade**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

