

Ano 9, Nº 1, Jan./Jun. 2018.

ISSN 2318-6879

REVISTA

# DIREITO SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO, ANO 9, Nº 1.

**Direitos Humanos,  
Estado e  
Políticas Públicas.**

  
**Fema**  
Faculdades Integradas  
Machado de Assis

## CORPO EDITORIAL

### COMISSÃO EDITORIAL

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Bianca Tams Diehl*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Ma. Mariel da Silva Haubert*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marli Marlene Moraes da Costa*  
UNISC  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Ma. Ana Paula Cacenote*  
FEMA

### CONSELHO CONSULTIVO

*Prof. Dr. João Martins Bertaso*  
URI (Santo Ângelo)  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer*  
UFFS  
*Prof. Dr. Mauro Gaglietti*  
IMED/URI (Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Ricardo Hermany*  
UNISC  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ivete Simionatto*  
UFSC  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha*  
UFSM/UNISINOS  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Taciana Camera Segat*  
UFSM  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatiana Bolivar Lebedeff*  
UFPEL

### COORDENAÇÃO

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Bianca Tams Diehl*  
Coordenadora do Curso de Direito  
  
*Prof.<sup>a</sup> Ma. Mariel da Silva Haubert*  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,  
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

### ARTE E DIAGRAMAÇÃO

*Denise Felber*

### EDITORAÇÃO

*Prof.<sup>a</sup> Ma. Mariel da Silva Haubert*

### CAPA

*Rafaeli Capeletti*

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões  
Contemporâneas/Faculdades Integradas  
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 9, Nº 1, Jan./Jun. 2018.

I ISSN 2318-6879  
Publicação Semestral

1. Direito 2. Sociedade 3. Artigos Acadêmicos  
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

### Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito  
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio  
Grande do Sul, Brasil.  
CEP: 98900-000  
Telefone/Fax: (55) 3511 9100  
Homepage: [www.fema.com.br](http://www.fema.com.br)

### Endereço para o envio de trabalhos [revistadireitoesociedade@fema.com.br](mailto:revistadireitoesociedade@fema.com.br)

Publicação Semestral. Todos os direitos reservados. A produção ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>04</b>
<b>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº. 11.340/2006.....</b>	<b>06</b>
<i>Juliana Cacilda Alencastro dos Santos</i> <i>Denise Tatiane Girardon dos Santos</i>	
<b>O PERCURSO DOS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XX.....</b>	<b>30</b>
<i>Juliana Bedin Grando</i> <i>Renata Maciel</i>	
<b>A INCOERÊNCIA DOS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS ACERCA DO PRÉ-DATAMENTO DE CHEQUES.....</b>	<b>45</b>
<i>Daiana Dreissig</i> <i>Gilson Braz do Amaral</i>	
<b>A EXPANSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA VIDA DOS CIDADÃOS BRASILEIROS.....</b>	<b>61</b>
<i>Joici Antonia Ziegler</i> <i>Paula Vanessa Fernandes</i>	
<b>O REFLEXO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA NAS INDICAÇÕES DOS ADMINISTRADORES DAS ESTATAIS: CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA LEI 13.303/16.....</b>	<b>81</b>
<i>Lairton Ribeiro de Oliveira</i>	
<b>ÉTICA E A INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA SOCIAL.....</b>	<b>98</b>
<i>Juliane Colpo</i> <i>Roseléia Schneider</i>	
<b>O QUE É A DEMOCRACIA? .....</b>	<b>111</b>
<i>Daiana Dreissig</i> <i>Gilson Braz do Amaral</i>	

## EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis, destaca temas referentes aos *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, com o objetivo de refletir sobre assuntos relevantes aos docentes e discentes especificamente do Ensino Superior e da Pós-graduação. Os artigos selecionados conferenciam conhecimentos acerca do espaço educacional, jurídico, político e sociocultural pertinentes as temáticas discutidas na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo tem por título *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: considerações sobre a (In)eficácia da lei nº. 11.340/2006*, produzido por Juliana Cacilda Alencastro dos Santos e Denise Tatiane Girardon dos Santos. As autoras buscam estudar acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, com a pesquisa voltada à (in)eficácia da Lei nº. 11.340/2006. O presente artigo abordará a violência doméstica contra a mulher, dando ênfase a evolução dos Direitos Humanos, as formas de proteção à mulher e a eficácia das medidas protetiva de urgência, geradas pela Lei Maria da Penha, nº. 11.340/2006, os tipos de agressão, por meio de investigação das decisões jurisprudenciais do STF, STJ e TJ-RS, desde a vigência dessa normativa.

O segundo artigo intitula-se *O Percurso dos Direitos Humanos no Século XX*, escrito por Juliana Bedin Grando e Renata Maciel. A presente pesquisa trata do percurso dos direitos humanos ao longo do século XX. O primeiro ponto revela o fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa. No segundo ponto, destaca-se o Estado Democrático de Direitos como forma fundamental de concretização dos direitos humanos, em especial por, ao longo do processo histórico, ter ampliado a abrangência dos homens que são considerados como cidadãos de determinado Estado. Por fim, discute a afirmação dos direitos humanos, bem como as elaborações de gerações de direitos.

O terceiro artigo nomeia-se *A Incoerência dos Entendimentos Jurídicos acerca do Pré-datamento de Cheques*, de Daiana Dreissig e Gilson Braz do Amaral. O presente artigo tem por objetivo identificar e compreender os diferentes entendimentos

quanto à aplicação de datas dos cheques, visto que essas divergências afetam o alcance da plena utilização do título.

Na sequência, apresenta-se o artigo *A Expansão da Atividade Jurisdicional e a Contextualização do Poder Judiciário na Vida dos Cidadãos Brasileiros* de Joici Antonia Ziegler e Paula Vanessa Fernandes. Este trabalho tem por objetivo apresentar algumas considerações acerca do Protagonismo do Poder Judiciário e sua ascensão nas últimas décadas, bem como decisões que podem ser consideradas ativistas.

Em seguida, tem-se o artigo intitulado *O Reflexo dos Princípios da Moralidade, Impessoalidade e Eficiência nas Indicações dos Administradores das Estatais: critérios estabelecidos pela lei 13.303/16*, escrito por Lairton Ribeiro de Oliveira e visa problematizar se a também denominada Lei de Responsabilidade das Estatais, apresenta ou não elementos capazes de assegurar uma atuação mais republicana dos seus dirigentes, em sintonia com os comandos normativos dos princípios constitucionais aludidos.

Na sequência, apresenta-se o texto *Ética e a Inclusão no Ensino Superior: uma questão de justiça social*, de Juliane Colpo e Roseléia Schneider. O artigo busca problematizar a discussão acerca da Inclusão no Ensino Superior, fundamentadas nos conceitos de justiça social e ética, acredita-se que novas formas de exclusão foram criadas em função das novas demandas ocorridas no Ensino Superior.

Como último texto, apresenta-se a resenha acadêmica *O que é a Democracia?*, em que os resenhistas Daiana Dreissig e Gilson Braz do Amaral, procuram fazer uma reflexão crítica e um breve estudo sobre a democracia.

Desse modo, a Comissão Editorial da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, sente-se agraciada pela qualidade dos artigos que compõem esta revista, oportunizando ao leitor o diálogo de qualidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Prof.<sup>a</sup> Ma. Mariel da Silva Haubert  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE/FEMA  
Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº. 11.340/2006**

Juliana Cacilda Alencastro dos Santos<sup>1</sup>  
Denise Tatiane Girardon dos Santos<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O tema versa sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, com a pesquisa voltada à (in)eficácia da Lei nº. 11.340/2006. Com delimitação temática, terá como foco a violência doméstica contra a mulher, ênfase na evolução dos Direitos Humanos, as formas de proteção à mulher e a eficácia das medidas protetiva de urgência, geradas pela Lei Maria da Penha, nº. 11.340/2006, os tipos de agressão, por meio de investigação das decisões jurisprudenciais do STF, STJ e TJ-RS, desde a vigência dessa normativa. Será analisado o contexto histórico sobre a desigualdade de gênero sofrida pela mulher desde o patriarcado até os tempos atuais, a fim de verificar em que medida as decisões judiciais têm privilegiado essa normativa em casos de violência doméstica. Aborda sobre as diferentes formas em que a mulher é agredida no núcleo familiar e sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, casos estes, muito recorrentes e de grande repercussão no Poder Judiciário. Para alcançar os objetivos, o tema foi analisado pelo meio de pesquisa teórica com tratamento qualitativo dos dados, utilizou-se o método hipotético-dedutivo em busca de pressupostos fundamentados na doutrina com procedimento técnico, histórico e comparativo. Visa-se melhor entendimento do caminho a ser tomado nos casos de agressão à mulher, das medidas protetivas mais eficientes, as formas de evitar a reincidência de violência, por meio da análise jurisprudencial que abrange este conteúdo.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA – Santa Rosa. Contato: ju\_libardoni@hotmail.com;

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito, linha de concentração em Direito Público, pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduada em Filosofia - Licenciatura pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel. Mestra em Direito, linha de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Coordenadora do Núcleo Permanente de Estudos do ENADE (NUPEE) do Curso de Direito - UNICRUZ. Integrante do Comitê Gestor do Pacto Universitário dos Direitos Humanos da Universidade de Cruz Alta. Coordenadora do PIBIC “Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais” - UNICRUZ. Coordenadora do PIBEX “Empoderamento dos Povos Indígenas do Rio Grande do Sul: proteção aos conhecimentos tradicionais pela Educação Ambiental” - UNICRUZ. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “República e Democracia no Estado de Direito” - FEMA. Integrante do Grupo de Pesquisa “Estado e Constituição” - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Clínica de Direitos Humanos” - UFPR. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos - GPJUR. Integrante do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Práticas Sociais - UNICRUZ. Docente no Curso de Direito e do Núcleo Comum da UNICRUZ e do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machados de Assis FEMA - Santa Rosa. Advogada. Conciliadora Judicial - TJ/RS. Contato: dtgsjno@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5993648671113115>.

Palavras-chave: Violência Doméstica - Violência Familiar - Lei Maria da Penha  
Análise Jurisprudencial - (In)efetividade Legal.

## INTRODUÇÃO

O presente Artigo versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste ponto, será delimitada a análise da eficácia ou ineficácia das medidas protetivas de urgência, constantes na Lei Maria da Penha, nº. 11.340/2006, por intermédio de doutrinas e jurisprudências. Ante a temática exposta, esta pesquisa objetiva responder ao seguinte problema: em que proporção às medidas protetivas de urgência ajudam na estrutura familiar e protege a mulher do agressor?

Atendendo ao estudo da evolução dos direitos das mulheres no Brasil, destaca-se a grande dificuldade do afastamento do patriarcalismo e da igualdade de gênero. Nesse sentido, serão apontadas duas hipóteses: a primeira, de que, deve-se viabilizar e orientar todas as mulheres das formas de proteção que a Lei Maria da Penha disponibiliza, a fim de retirar quem sofre violência ou abuso desse meio; e, a segunda de que acredita-se a reeducação do agressor, por meio de acompanhamento psicológico e de palestras explicativas. Deve-se observar que, possivelmente, o agressor veio de um lar violento e a violência que comete é um reflexo que deve ser trabalhado com ajuda de um profissional.

O objetivo geral deste Artigo é pesquisar na doutrina e na jurisprudência, com base na Lei Maria da Penha se as medidas protetivas de urgência funcionam da forma esperada, e o que poderia ser melhorado na referida Lei. De forma específica, caberá o estudo dos direitos da mulher, no âmbito nacional e internacional, e a demonstração da evolução histórica dessas legislações.

A escolha do tema da presente pesquisa acontece devido à afinidade com a área do direito selecionada e o interesse sobre o assunto, uma vez que, além da polêmica que o tema traz, consigo o que despertou grande interesse de pesquisa, é o fato da sua notoriedade no âmbito jurídico e perante a sociedade.

Sob esse enfoque, a pesquisa demonstra viabilidade e coerência, uma vez que é assunto de grande importância no meio social, pois visa a compreender as mudanças sociais, culturais e jurídicas. A fim de proporcionar, uma visão diferente em

relação às soluções cabíveis ao assunto, uma vez que a violência contra a mulher ainda é muito recorrente.

A pesquisa possui natureza histórica legislativa, pelo fato da temática necessitar uma análise histórica, normativa e conceitual, o que de certa forma seria precipitado na investigação atual da situação das mulheres. O trabalho é baseado na utilização de análise e interpretação de escritos acerca do histórico das mulheres brasileiras, que serviram como orientação para o estudo atual.

## **1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES**

O presente capítulo abordará acerca do progresso que a sociedade e os direitos sofreram em relação às mulheres, com o destaque para a difícil caminhada que teve de ser enfrentada em decorrência da desigualdade de gênero, em que a figura feminina era destinada a ser dona de casa e submissa ao homem, tendo em vista a predominância do sistema patriarcal.

Retratará, também, a respeito da violência doméstica e familiar, que, mesmo com a evolução da sociedade e da legislação, persistiu em acontecer no decorrer do tempo sendo, em pleno século XXI, um imenso problema global. Também, trará de que forma ocorreu o surgimento de leis internacionais aderidas pelo Brasil, que abordam os direitos humanos e os direitos das mulheres.

A partir do nascimento, as mulheres são sujeitadas a um treinamento para o cumprimento da missão à qual lhes foi fadado. As meninas vestem-se de rosa, usam brincos e demais enfeites, com intuito de serem vaidosas e estarem sempre belas. Os brinquedos destinados a elas são bonecas, panelinhas e casinhas, utensílios que determinarão seu bom desempenho futuramente. Estimuladas a sonhar com um príncipe encantado e com o dia do seu casamento, por meio de contos fictícios (DIAS, 2010).

Vive-se em uma sociedade que se aprende, desde criança, que existem diferenças de gênero. É costumeiro ouvir os adultos ensinarem às crianças a forma que devem se portar perante a sociedade. Segundo Mary Del Priore: “[...] não importa

a forma como as culturas se organizaram, a diferença entre masculino e feminino sempre foi hierarquizada [...]” (DEL PRIORE, 2013, p. 1).

A desigualdade de gênero, apesar de não ser intrínseco, é inserida por intermédio da herança cultural. Não, necessariamente, ocorre nas relações homem-mulher, porém é o caso mais assíduo (SAFFIOTI, 1999). É um fato histórico, pois a mulher, desde os primórdios, na sociedade medieval, foi taxada como o sexo frágil. Dessa forma, era alocada em situação de submissão às vontades dos homens, e era sujeita ao que eles lhes impunham (CHAGAS, 2017).

Beauvoir retrata que a mulher foi destinada aos trabalhos domésticos, considerando que era a única ocupação na qual pode ser conciliada com a maternidade. Caso que não é cogitado ao papel do homem, o qual, nas sociedades ocidentais, sempre foi incitado a ter um emprego para sustentar e dar alimento à sua família: “Sua atividade tem outra dimensão que lhe dá sua suprema dignidade, e ela é amiúde perigosa.” (BEAUVOIR, 1949, p. 84).

Aborda também sobre a mulher no âmbito familiar na época do patriarcado, a qual aos olhos da sociedade, apenas era quem procriava, tinha-se a visão de que ela somente carregava e alimentava o feto, e o único criador era o pai, promovendo, dessa forma, o papel do homem (BEAUVOIR, 1960).

A introdução da mulher no mercado de trabalho sucedeu com a Revolução Industrial (século XVIII), a qual se procurava mão de obra feminina como meio de barganhar custos. Sua baixa valorização acarretou na aceitação de salário inferior, mesmo exercendo a mesma atividade e função que os homens. Esse episódio inseriu-as em um ambiente de trabalho, contribuindo, dessa forma, com a subsistência da família. Porém, as obrigações domésticas continuaram sendo de responsabilidade exclusiva das mulheres, assim como o cuidado com os filhos e o zelo pela moral perante a sociedade, situação que ainda as mantinha em posição de inferioridade perante o homem (DIAS, 2010).

A partir da necessidade de melhoria das circunstâncias a quais estavam inseridas, as mulheres se uniram para reclamar as más condições de trabalho, o ajuste da carga horária e também acerca da remuneração desvalorizada:

Nessa perspectiva, desde o século XIX as mulheres começaram a participar de movimentos operários, tais como luta pela melhoria das condições de

trabalho, haja vista a jornada de trabalho compreende aproximadamente 15 horas e os salários serem irrisórios. Como consequência, no dia 8 de Março de 1917, 90 mil operárias manifestaram-se contra o governo na Rússia. Dentre as causas, encontravam-se as más condições de trabalho, a fome e a participação russa na guerra. (CHAGAS, 2017, p. 04).

Entretanto, ainda no século XIX, se mantinha certa proximidade do Estado e da Igreja, resultando em posturas machistas, que entendiam que a mulher era uma grande agenciadora dos negócios informais do lar, porém, não era bem vista se utilizasse de sua inteligência fora de casa, pois isso colocava sua honra em perigo. Dialogar com homens não era permitido e sair de casa após a missa, era sinal de libertinagem (DEL PRIORE, 2013).

No final da década de 1970, segundo relata Schraiber, as mulheres começaram a se mobilizar por meio de agrupamentos contra o possível perdão de cônjuges ou ex-cônjuges, que cometiam assassinato contra suas esposas, o qual os homens possuíam autorização legal para conferir (SCHRAIBER, 2005). A autora relata, também, que a partir da década seguinte surgiu a intitulação *violência doméstica* explicitando e direcionando tal expressão para a violência à mulher:

Nos anos 1980, a questão já emerge no campo da saúde, e a denominação “violência doméstica” aparece, representando a intersecção entre as violências contra a mulher e aquela intrafamiliar, no sentido de sinalizar para o fato de que, se as mulheres sofrem violência em diversos contextos, o familiar é, sem dúvida, dos mais usuais e relevantes. Surgem noções como “mulheres espancadas”, “esposa abusada” ou “abuso conjugal”. (SCHRAIBER, 2005, p. 30).

Somente a partir da década de 1990 surgiu a denominação *violência de gênero*, na qual se destaca a mulher como vítima da violência doméstica ocorrida dentro do lar (SCHRAIBER, 2005). No entanto, as mulheres começaram exprimir sua vontade de desempenhar atividades externas ao lar, e aos poucos foram trabalhar fora de casa, quebrando o tabu da desigualdade que, outrora, era muito forte (DEL PRIORE, 2013).

Inicialmente, elas almejavam se igualar ao modelo masculino, porém, mostraram uma forma diferenciada que as destacou, ocupando vários cargos de poder (DEL PRIORE, 2013). Afastando-se de uma total submissão que era imposta pelo gênero masculino, e tendo capacidade, a partir daí, de obter direitos, ainda que

limitados, possibilitou com que a mulher tivesse voz perante a sociedade, bem como, acesso a informações que não era possível obter na sua rotina caseira e religiosa. Como afirma Saffioti:

Entender que as diferenças pertencem ao reino da natureza, por mais transformada que esta tenha sido pelo ser humano, enquanto a igualdade nasceu no domínio do político, parece fora do horizonte de uma ideologia de gênero que naturaliza atribuições sociais, baseando-se nas diferenças sexuais. (SAFFIOTI, 2004, p. 77).

Afirma, também, que o raciocínio de diferença só possui significado no âmbito da isonomia. Bem como ressalta: “O respeito ao outro constitui o ponto nuclear desta nova concepção da vida em sociedade.” (SAFFIOTI, 2004, p. 78). A partir dessa afirmação, entende-se que, com a sociedade em constante construção e evolução, é necessário que os pensamentos das pessoas também acompanhem essa transformação, caso contrário, sofrerá um grande desgaste emocional e cultural.

Schraiber assegura que a expressão *violência* é muito vaga, pois não define suas formas, e por vezes pode confundir a maneira do raciocínio das pessoas:

[...] dizemos que o problema da violência também é difícil de lidar pelos muitos significados que esse termo “violência” possui. Se houvesse um significado consensual em relação à expressão “violência contra a mulher”, esta não pareceria estranha a ninguém. Ao contrário, todos compreenderiam de que se trata, em vez de, como ocorre até hoje, suscitar a dúvida: Por que certas formas de lidar com os conflitos entre marido e mulher seriam uma “violência”? E por que certas violências seriam “contra a mulher”? Afinal, o que usualmente reconhecemos como violência é um assalto ou uma tentativa de homicídio, e isso pode acontecer contra qualquer um. O parceiro íntimo que “perde a cabeça”, não se parece em nada com um assaltante. (SCHRAIBER, 2005, p. 32-33).

Saffioti traz uma breve explicação sobre as variadas formas de violência, que, por vezes, são confundidas ou até mesmo tratadas como sinônimos, ressaltando a diferença entre *violência de gênero* e *violência contra mulheres*, bem como, *violência doméstica* e *violência intrafamiliar*. Violência de gênero, não necessariamente é a violência contra mulheres, pois a expressão *gênero* é uma categoria ampla, que pode se referir tanto ao homem quanto a mulher, contudo, a partir da historicidade, remete-se como violência de gênero aquela praticada homem contra mulher (SAFFIOTI, 2004).

A vítima de violência física, psicológica, moral ou sexual, sob a óptica dos cientistas, é vista como sujeito com maior propensão de cometer atos de violência, ou seja, de reproduzir contra outros as agressões e abusos, padecido anteriormente, assim como, se torna mais vulnerável a sofrer essas mesmas violências. Saffioti expõe dados sobre pesquisa realizada, sobre violência doméstica, com vítimas de abuso sexual:

Nesta investigação sobre violência doméstica [...], nenhuma informante, que fora vítima de abuso sexual de qualquer espécie, revelou tendência, seja de fazer outras vítimas, seja de maior vulnerabilidade a tentativas de abuso contra si mesma. Não se defende a postura de que abusos sexuais sejam inócuos, não provocando traumas de difícil cura. (SAFFIOTI, 2004, p. 18).

Em pesquisa feita com abusos incestuosos, Saffioti relata que a situação é mais grave, pois as vítimas de abuso sexual atinente ao incesto, atingem a alma da abusada, de forma que faça com que esse fato lhe seja lembrado em seu cotidiano (SAFFIOTI, 2004).

A violência doméstica ocorre dentro do ambiente domiciliar, envolvendo as pessoas que ali residem, de forma parcial ou integral, sejam elas cônjuge, agregados ou empregados. Nesse caso, o agressor age como chefe, sobrepondo domínio aos conviventes desse ambiente. Todavia, nada impede, no caso de cônjuge, que esse comportamento venha a se expandir para locais públicos, como exemplo, o marido que espera a mulher na porta do trabalho e a agride na frente de seus colegas, como forma de demonstração de sua autoridade. Já a violência intrafamiliar, ultrapassa os limites do lar, o qual pode ocorrer entre pessoas da mesma família, porém que não moram na mesma residência (SAFFIOTI, 2004).

Ainda que de maneira tímida e lenta, a legislação acaba reproduzindo o percurso da mulher. A sua emancipação jurídica, a obtenção de um lugar na cidadania, modificou o arranjo familiar, obtendo a decadência da sociedade patriarcal (DIAS, 2010).

No presente, a diferença de gênero, ainda que tenha minorado, é evidenciada, sobretudo, por meio de dados estatísticos e acontecimentos noticiados. Pois ainda existe a naturalização da violência contra o gênero da mulher, posicionando-a como culpada e não como vítima das circunstâncias (MELLO, 2016).

Com o surgimento da legislação internacional em favor dos direitos humanos e a forma que essa legislação foi utilizada para proteger mulheres, desamparadas pela legislação interna brasileira, pode-se afirmar que os direitos são originados para impedir a subsistência de determinadas violações, com o intuito de, evitar assim, o sofrimento de danos já ocorridos anteriormente (GONÇALVES, 2013).

Os dois primeiros textos acerca de Direitos Humanos das Mulheres, foram escritos, o primeiro por Olympe de Gouges, o qual foi intitulado como *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*, o qual tratava sobre liberdade, igualdade e fraternidade entre os cidadãos e exigia menos desigualdades entre homens e mulheres. E o segundo texto, escrito por Mary Wollstonecraft, em 1792, o qual chamava *Uma defesa da mulher*, exigia da mesma forma, a igualdade de direitos sem discriminação de gênero. Lamentavelmente, esses textos não alcançaram na prática as melhorias propostas, surgindo as seguintes asserções novamente por meio das Organizações das Nações Unidas em 1940 (TILLY, 2009).

Como forma de proteção, por intermédio das Organizações das Nações Unidas (ONU) que veiculou os seguintes documentos protetivos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); e, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), iniciou-se o avanço dos direitos das mulheres (SENADO FEDERAL, 2017).

Em se tratando de Direitos Humanos, o pensamento é vinculado às Organizações Internacionais de Direitos Humanos, dentre elas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem atuação importante na proteção das mulheres e o combate à violência de gênero. A partir do cenário internacional, se elaborou a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher (CEDAW<sup>1</sup>), pela qual Maria da Penha Fernandes acusou o Brasil por displicência perante a demora no julgamento contra seu ex-cônjuge, que havia tentado contra sua vida três vezes (SENADO FEDERAL, 2017).

O processo de Maria da Penha Maia Fernandes foi um marco histórico na legislação brasileira. Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por

---

<sup>1</sup> CEDAW – Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

meio do informe nº. 54, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância associado à violência doméstica contra as mulheres. Em outubro de 2002, Marco Viveros foi preso, porém cumpriu apenas 1/3 da pena (BRASIL, 2012).

A partir desse caso, foi reconhecida a necessidade de uma Lei especial para violência contra as mulheres, a Lei 11.340/2006, que leva o nome de Maria da Penha: “A principal finalidade da lei não é punir os homens. É prevenir e proteger as mulheres da violência doméstica e fazer com que esta mulher tenha uma vida livre de violência” disse Maria da Penha em entrevista para a campanha Compromisso e Atitude, realizada pelo Governo Federal (BRASIL, 2012).

Deve-se observar que os tratados em busca de igualdade à mulher, não surgiram, naturalmente, no sistema de proteção internacional de direitos humanos, mas foram alavancadas pelos movimentos de mulheres, tal como o *Lobby do Batom*, que será abordado posteriormente, que causaram grandes discussões chegando assim, até estes órgãos (SENADO FEDERAL, 2017).

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pela ONU em 1979, foi ratificada pelo Brasil, com reservas<sup>1</sup>, pelo Decreto nº. 4.377, na data de 13 de setembro de 2002, que define a discriminação em seu art. 1º<sup>2</sup>.

Outro documento importante foi a Declaração de Viena, em 25 de junho de 1993, enfatizando que os direitos humanos são questões prioritárias, destacando a importância desses direitos viabilizando maior observância com justiça e equidade. Bem como, salienta que os direitos humanos são fundamentais a todas as pessoas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O termo “reserva” quer dizer que a Convenção não será adotada de forma integral. O Brasil formulou reservas aos artigos 15, § 4º; artigo 16, § 1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h”; e artigo 29. As reservas aos artigos 15 e 16, foram retiradas em 1994, devido à incompatibilidade entre a legislação brasileira. A reserva ao artigo 29 é relativa a disputas entre Estados partes quanto à interpretação da Convenção e continua vigorando (BRASIL, 1995).

<sup>2</sup> Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, 2002).

<sup>3</sup> Enfatizando as responsabilidades de todos os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, de desenvolver e estimular o respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião. (ONU, 2018).

Relacionado à garantia dos direitos humanos das mulheres, o acolhimento do critério universal, mesmo que com vastas possibilidades para relativismos culturais, é de suma importância. Pela óptica de que, as mulheres sofrem sérias obstruções dos seus direitos, que por vezes infundadas em hábitos culturais, historicamente, estabelecidas. Os acontecimentos de violência contra a mulher são exemplos explícitos dessa transnacionalidade:

[...] a violência doméstica contra as mulheres, em particular aquela perpetrada por pais, padrastos, parceiros ou ex-parceiros, espalha-se por todos os países do mundo, estando presente também indistintamente em todas as classes sociais. Assim, sem que se percam os referenciais de cada cultura, é preciso considerar com cuidado certos costumes, que podem colocar em risco a integridade física e psicológica ou mesmo a vida de milhares de mulheres. (GONÇALVES, 2013, p. 82).

As participantes da Comissão Interamericana das Mulheres (CIM) afirmam que a violência pode ocorrer de forma física, sexual e psicológica. A agressão, não necessariamente, se baseia somente ao meio familiar e privado, mas em qualquer setor da sociedade. Essa Convenção é de natureza obrigatória aos países que adotam, com evidência de que a violência contra a mulher é um delito aos direitos humanos (SENADO FEDERAL, 2017).

Diante das variadas formas e entendimentos sobre violência, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, estabelece a violência contra a mulher<sup>1</sup>.

O sistema de segurança internacional, paulatinamente, foi sendo inserido aos direitos humanos das mulheres. Passo este que foi e ainda vem sendo essencial para as transformações da legislação e políticas públicas de precaução e suporte para mulheres que sofrem violência (SENADO FEDERAL, 2017). Por meio dessa análise

---

<sup>1</sup> Artigo 1: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qual quer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2: Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qual quer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, b em como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (BRASIL, 1995).

histórica, percebe-se que o Brasil precisou se amoldar conforme a legislação internacional, no tocante aos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista a impossibilidade de distinção por classe, raça, gênero ou religião.

É importante abordar como surgiram as primeiras legislações internas acerca dos direitos humanos, fundamentais e especificamente, voltados às mulheres. A adequação da legislação e da sociedade referente ao patriarcalismo e a independência que a mulher conquistou. No Brasil-Colônia, o patriarcalismo conferia aos homens uma posição hierárquica superior às mulheres, de domínio e poder, sob o qual os castigos e até o assassinato de mulheres, pelos seus maridos, eram autorizados pela legislação. (DEL PRIORE, 2013, p. 24).

Na constância do casamento, o homem detinha o chamado *poder marital*<sup>1</sup>, que consistia em uma forma de hierarquia dentro da sociedade familiar, como relata Pereira: “O marido figura na cena jurídica debaixo de três caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como sócio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares dela.” (PEREIRA, 1918, p. 107).

Conforme a evolução da sociedade e da legislação, a mulher foi buscando igualdade, e representação das suas vontades e direitos, mediante movimentos feministas e protestos. Esses movimentos tomaram força no século XIX, entre os direitos requeridos pelas mulheres estavam: direito de voto e a redução da jornada de trabalho.

A partir da Convenção do Belém do Pará (CEDAW), o Brasil teve que adotar diversas medidas protetivas referente à discriminação contra a mulher em suas variadas formas, entre essas, a modificação sociocultural às condutas dos homens e mulheres, modificar a visão que a sociedade tinha e entendia sobre a forma que a mulher era tratada, e começar a explicar de que ninguém deveria ser tratado com superioridade ou era subordinado a nada (SENADO FEDERAL, 2017).

A Constituição Federal de 1988, após vasto tempo de ditadura, é referência do início dos direitos das mulheres, conhecido como *Lobby do Batom*:

---

<sup>1</sup> Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966. “Artigo 1674.º - (Poder marital) O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes.” (PORTUGAL, 2017).

As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da reprodução. (MONTEIRO, 2018, s/p.).

No que abrange a violência contra as mulheres, após a o reconhecimento da igualdade e da conseqüente erradicação das desigualdades na Constituição Federal, de 1988, surgiram leis específicas contra a violência à mulher, tais como a Lei Maria da Penha nº. 11.340/2006 e a Lei do Feminicídio nº. 13.104/2015 (SENADO FEDERAL, 2017).

É notório que a violência doméstica não ocorre somente com as mulheres; qualquer pessoa que vive em meio familiar pode ser vítima de tal agressão, em suas variadas formas. Dessa forma, o assunto não deve apenas ser voltado à questão de gênero, mas, sim, do convívio familiar e afetivo. Porém, levando em consideração o grande número de processos e queixas, essa violência em sua grande parte, ocorre contra as mulheres.

## **2 DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO REFERENTE ÀS FORMAS DE PROTEÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Com a necessidade de legislações direcionadas à proteção da mulher, o Brasil teve que adotar uma postura exigida tanto pela sociedade, quanto pelos Organismos Internacionais, representados pelos Tratados, acima referidos. A Lei nº. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, traz uma vasta acessibilidade para as denúncias de agressões domésticas contra a mulher por intermédio de programas governamentais.

Existem setores que atendem, exclusivamente, as mulheres e que são especialistas no tema da violência contra as mulheres, tais como: os Centros Especializados de Atendimento à Mulher que disponibilizam atendimento psicológico e social, assim como, encaminhamento jurídico; as Casas-Abrigo que oferecem moradia protegida e atendimento integral, possui caráter sigiloso e temporário; as

Casas de Acolhimento Provisório possibilitam abrigamento temporário de até 15 dias, não possui caráter sigiloso, e não abriga somente mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, mas também mulheres que sofreram algum outro tipo de crime, tal como, tráfico de mulheres (SENADO FEDERAL, 2018).

Da mesma maneira, as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher são unidades especializadas da Polícia Civil, tem caráter preventivo e repressivo, dispõem de funções de expedição de medidas protetivas de urgência ao juiz no prazo máximo de 48 horas; os Postos de Atendimento à Mulher nas Delegacias Comuns constituem espaços de atendimento à mulher em situação de violência; as Defensorias Públicas e Especializadas que prestam serviços de assistência jurídica e possibilitam a ampliação do acesso à Justiça; Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que são órgãos de competência cível e criminal, especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher (SENADO FEDERAL, 2018).

Possui também, as Promotorias Especializadas a qual promovem ação penal nos casos de violência contra as mulheres, e também fiscalizam os serviços da rede de atendimento; Casa da Mulher Brasileira que integra no mesmo espaço, vários serviços especializados e Serviços de Saúde Geral e Serviços de Saúde voltados para o atendimento dos casos de violência sexual e doméstica (SENADO FEDERAL, 2018). Todos esses serviços proporcionam às mulheres de forma acolhedora para que as mulheres se sintam seguras diante de tal situação de perigo.

As medidas protetivas ocorrem de variadas formas, dependendo da situação em que a vítima se encontra, moldadas pela Lei Maria da Penha. De forma geral, existem dois tipos de medidas protetivas: as medidas protetivas à ofendida, e as medidas protetivas que obrigam o agressor<sup>1</sup>. Apesar da violência contra a mulher

---

<sup>1</sup> As medidas protetivas de urgência às mulheres em situação de violência (artigos 23 e 24 da LMP) não são compulsórias, diferentemente daquelas que obrigam o autor da violência. São medidas de natureza cível, que buscam oferecer um atendimento integral e qualificado às mulheres, a partir do contexto da violência. São elas:

- a) Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- b) Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- c) Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- d) Determinar a separação de corpos. (SENADO FEDERAL, 2017, p. 73).

existir em todas as classes sociais, estudos mostram que a dependência financeira e a ausência de recursos, dificultam a saída do ambiente de agressões. Em decorrência disso, o Município deve articular assistência social e a eficácia das medidas protetivas, por meio dos programas governamentais citados anteriormente (SENADO FEDERAL, 2017).

Além das formas de proteção física e psicológica à ofendida, a Lei Maria da Penha também trata da proteção ao patrimônio, quando há risco iminente de prejuízos financeiros.

Os limites traçados pelas medidas protetivas ao patrimônio, tem como objetivo garantir que os bens comuns ou particulares permaneçam seguros enquanto ocorre a lide. De forma que, se necessária a separação do casal, as partes não saiam prejudicadas (SENADO FEDERAL, 2017). As medidas protetivas de urgência, no Artigo 5º da Lei Maria da Penha, trata sobre a integridade física e psicológica da mulher e respectivamente dos filhos, explicitando os tipos de violência, bem como, destaca o que é considerado como ambiente familiar<sup>1</sup>.

As medidas protetivas que obrigam o agressor, as quais preveem o afastamento do lar, a proibição de qualquer contato com a vítima ou sua família assim como a prestação de alimentos provisórios, dependendo da situação financeira da vítima e de seus dependentes, estão previstas no Artigo 22<sup>2</sup> da Lei Maria da Penha.

---

<sup>1</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

<sup>2</sup> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006).

Referente à restrição ou suspensão de visitas aos dependentes e menores de idade, deve-se ter um estudo aprofundado a cada caso, tendo em vista que em certas circunstâncias, o menor nem possui conhecimento dos desentendimentos dos pais. Porém, não se deve descartar a possibilidade desta criança ou adolescente estar sofrendo agressões tanto físicas quanto psicológicas, assim como a mãe (MATIELLO, 2013).

O afastamento do lar, elencado no inciso II do Artigo mencionado, está previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente em caso de negligência, violência ou abuso sexual, a finalidade é o distanciamento do agressor do lar, para afastar convivência, bem como reincidência (SENADO FEDERAL, 2017). Da mesma forma, as medidas protetivas de urgência estão previstas no Código de Processo Penal em seu Artigo 313, inciso III<sup>1</sup>.

Uma pesquisa realizada pela ONU em 2016, relata que, nesse ano, o Brasil era o quinto país com a maior taxa de Femicídio do mundo. Diante disso, foram criadas diretrizes nacionais sobre Femicídio, uma parceria do governo brasileiro com o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). Essas diretrizes foram intituladas *Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Femicídios*:

O documento contém recomendações para a revisão dos procedimentos de perícia, polícia, saúde e justiça que lidam com ocorrências de femicídio. O objetivo é adequar a resposta de indivíduos e instituições aos assassinatos de mulheres, a fim de assegurar os direitos humanos das vítimas à justiça, à verdade e à memória. (ONU, 2016).

Esse documento é designado às instituições que exercem a apuração de responsabilidades criminais, tais como, Polícia Civil, Polícia Militar, Órgãos de Perícias Criminais e de Medicina Legal, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário. Consoante coma Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a Lei Maria da Penha, as diretrizes ainda contam com o auxílio do Corpo de Bombeiros e da Guarda

---

<sup>1</sup> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...] III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). [...] (BRASIL, 1948).

Metropolitana, sempre que for necessária sua intervenção, como nos casos de morte tentada ou consumada de uma mulher (ONU, 2016).

Diante do excessivo número de casos de violência doméstica e familiar, deve-se destacar que a mulher tem a possibilidade de afastamento do agressor e assim de restabelecer sua vida, porém o agressor poderá encontrar outra vítima. A partir desse posicionamento, especialistas<sup>1</sup> apontam que Políticas Públicas podem ajudar na reeducação de agressores.

Pitanguy afirma em seu estudo, que por intermédio de Projetos e Diretrizes veiculados pelo Governo, com o auxílio dos demais órgãos institucionais, é a forma mais eficaz de aproximar a realidade da efetividade da legislação:

A distância entre leis e realidade só poderá diminuir através da ação política. Daí a importância de que órgãos de Governo como a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República trabalhem em articulação com outros órgãos do governo na implementação dos Planos Nacionais de políticas para as Mulheres, e que a sociedade civil organizada continue a desenvolver ações de fortalecimento das mulheres, de *advocacy* pelos seus direitos, de monitoramento crítico das políticas públicas e da atuação dos legisladores e do judiciário. (PITANGUY, 2018, p. 3).

Existe um Projeto chamado *Lá em casa quem manda é o respeito*, desenvolvido no Mato Grosso, o qual proporciona palestras e atendimento psicológico aos presidiários, em busca da reeducação desses agressores. Além desse projeto, outros entes federativos como o Distrito Federal e o Rio Grande do Norte, adotaram a iniciativa da reeducação. Os relatos apontam que em muitos casos, os agressores sofreram violência quando crianças, ou viveram em um ambiente conturbado. OS resultados do Projeto superaram as expectativas de reincidências de agressão:

Nós esperávamos reduzir em 50% [as agressões], mas temos três anos de funcionamento e mais de 300 homens já passaram pelo grupo em três cidades diferentes do Rio Grande do Norte. Surpreendentemente, mantemos o índice de reincidência zero. (BRASIL, 2018).

Evidencia-se por intermédio dessa pesquisa, que deve-se levar em consideração, que quem agride, por vezes, possui um histórico de agressão em sua

---

<sup>1</sup> Senadores e integrantes do Ministério Público, do Judiciário e de programas públicos contra a violência doméstica [...] (CNJ, 2015, s/p.)

família e nem é de seu conhecimento que esse comportamento é abusivo. Acredita-se que por meio de atendimentos psicológicos aos agressores e com iniciativas de Políticas Públicas, é possível o tratamento e a reinserção deles no âmbito familiar.

Para fins de tecer considerações sobre a (in)eficácia das medidas protetivas de urgência, trazidas pela Lei Maria da Penha, nº. 11.340/2006, serão considerados os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com comparativos dos entendimentos, e a posição dominante dos referidos tribunais.

As medidas protetivas de urgência foram criadas com o intuito de prover segurança às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Referente à eficácia ou ineficácia dessas medidas protetivas, em pesquisa de jurisprudência acerca das decisões do STF, foi encontrada somente a decisão sobre o HC nº. 146.913 – ES<sup>1</sup>.

A presente Ementa retrata um caso de requerimento de *Habeas Corpus*, o qual foi negado com unanimidade, tendo em vista o descumprimento das medidas protetivas de afastamento do agressor, resultando em sua prisão preventiva. Além de ausência de argumentos, encontrou-se a incapacidade da imposição de medidas protetivas que não a prisão.

O STJ, por sua vez, possui uma gama maior de jurisprudências referente à eficácia ou ineficácia das medidas protetivas de urgência, no julgamento do REsp nº. 97.315 - MS<sup>2</sup>. O STJ, ao analisar o caso, destaca que, mesmo não havendo o flagrante e considerando que o agressor possui várias denúncias referentes a agressão contra sua companheira, a prisão deve ser decretada, visando à proteção da mulher e o perigo que ela sofre convivendo com o agressor.

---

<sup>1</sup> 1. Agravo regimental em *habeas corpus*.

2. Violência doméstica e ameaça. Continuidade delitiva. Prisão preventiva. 2.1. Alegações de falta de fundamentação do decreto cautelar e de excesso de prazo. 2.2. Descumprimento de medidas protetivas impostas. Inviabilidade da imposição das medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP. 2.3. Trâmite regular da ação penal na origem.

3. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Não exaurimento da jurisdição e inobservância ao princípio da colegialidade. Precedentes.

4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2015).

<sup>2</sup> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE DECRETADA. REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIR A INTEGRIDADE DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE PROGNOSE QUANTO À EVENTUAL APLICAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO. (STJ, 2018).

O entendimento jurisprudencial majoritário nos tribunais do Rio Grande do Sul condena o acusado diante dos diferentes casos decorrentes da violência doméstica, como se demonstra a seguir: O primeiro exemplo é oriundo de situações de ameaças, como no caso da Apelação de Crime nº. 70068435742<sup>1</sup>, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Barcellos Lima, Julgado em 15 de setembro de 2016.

Neste caso, a vítima foi ameaçada de morte pelo ex-marido em razão da não aceitação do término do relacionamento. Nos casos de ameaça, a Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, adota as medidas protetivas, nas quais o juiz estipulará, levado em conta a gravidade da situação, o afastamento do lar, a proibição de aproximação da vítima e de seus familiares e até a suspensão de visitas aos filhos ou dependentes.

Agressões como a lesão corporal entre cônjuges é comum quando a mulher se submete ao relacionamento abusivo em que vive, e o companheiro adota posturas agressivas durante alguma briga, como no caso julgado na Apelação Crime nº 70071578066<sup>2</sup>, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 23 de novembro de 2016.

Muitas vezes, nos casos de agressão física, as mulheres procuram auxílio por intermédio da Polícia Civil ou Militar e fazem o Boletim de Ocorrência do fato. Porém após a denúncia, retornam ao seu lar onde convivem com o agressor, sofrendo assim, coações e ameaças e, por vezes desistem de comparecer à audiência ou dar continuidade ao processo.

Dentro das várias formas de agressão, existe do mesmo modo, a privação, esta que possui várias formas como proibir de usar certos tipos de roupas, de

---

<sup>1</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. INCONFORMIDADE DA DEFESA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Caso concreto em que o réu, em razão de não aceitar o fim do casamento, ameaçou a ex-esposa de morte. Depoimento prestado pela vítima que se coaduna com os demais elementos de prova coligidos, em especial o relato da testemunha presencial da ameaça. Temor da ofendida em favor da qual foram deferidas medidas de natureza protetiva. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TJ/RS, COMARCA DE CAMPO BOM, 2016).

<sup>2</sup> APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL. ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INFRAÇÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Tratando-se de crime envolvendo violência doméstica e familiar, assume especial relevo a palavra da ofendida, em razão de tais infrações serem comumente praticadas na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciadas por outras pessoas ou por pessoas das relações dos envolvidos no evento, mormente se confortada por outros elementos de provas. Caso em que o quanto afirmado pela ofendida vem confortado pelo auto de exame de corpo de delito, onde consignada lesão compatível com a agressão atribuída ao acusado. Condenação mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ/RS, COMARCA DE SANTO AUGUSTO, 2016).

conversar com outras pessoas, ou como na Ementa a seguir, a limitação de liberdade; Apelação Crime nº 70053949632<sup>1</sup>, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Sandro Luz Portal, Julgado em 17 de setembro de 2015.

A limitação de liberdade ocorre pelo ciúme exacerbado, necessidade de estar no controle, medo de perder sua companheira. Levando em consideração que por vezes o agressor possui distúrbios mentais e age de forma inesperada, perdendo o controle de seus atos.

O homicídio, por vezes, é outro fato inesperado, pois nem sempre o agressor demonstra atos de violência. Ocasionalmente, manifesta mudanças de comportamento, começando com ciúmes exagerado e vontade de controlar todos os atos de sua companheira, resultando no afastamento da mulher. Diante do sentimento de negação da mulher, ele toma a decisão de tomar tal medida: tentativa de homicídio.

A agressão possui várias formas, existem mulheres que convivem com ela sem ter conhecimento de que aqueles atos são abusivos, como exemplo, a agressão moral e psicológica. Essa pesquisa sugere que o diálogo com as mulheres sobre agressões e relacionamentos abusivos seja mais aberto e sempre divulgado, para que isso chegue ao conhecimento de quem sofre essas condições. Bem como, sejam implantados projetos que possibilitam o acompanhamento psicológico e o diálogo com os agressores, meio que já foi utilizado por determinadas regiões do Brasil, trazidas por essa pesquisa, e obtiveram bons resultados.

## CONCLUSÃO

O tema deste estudo versou sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, direcionada a eficácia ou ineficácia das medidas protetivas constantes na Lei nº. 11.340/2006, por intermédio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais. A pesquisa se dividiu em dois capítulos, no qual o primeiro retoma a historicidade

---

<sup>1</sup> SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. CONFIGURAÇÃO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. SUFICIÊNCIA. LIMITAÇÃO DE LIBERDADE QUE, PROJETANDO-SE NO TEMPO, CONSUMA O DELITO DE SEQUESTRO. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA. LIMITAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS REDIMENSIONADA AO DISPOSTO NO ART. 44, PAR. 2º, DO CP. CONDUTA AFETA AO UNIVERSO DA LEI 11.340/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO POR MULTA QUE DECORRE DO DISPOSTO NO SEU ART. 17. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA PARA A INFRAÇÃO DO ART. 359, DO CP. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. (TJ/RS, COMARCA DE TRÊS PASSOS, 2015).

feminina nas sociedades ocidentais, com lapsos temporais pertinentes a cada subseção. Tem-se o intuito de mostrar o papel feminino dentro da composição social, e de resgatar a forma em que surgiram as primeiras legislações que abrangem os direitos humanos das mulheres.

Voltada ao questionamento abordado dos mecanismos protetivos já existentes, da mesma forma que se enaltece a necessidade da criação destes, e o pensamento em curso para o implemento de outros, expondo de forma sucinta em cada período, a necessidade da criação de mecanismos, bem como apresentando os que se dispõem. Questiona-se a medida de sua efetividade e enaltecendo a necessidade da projeção positiva em relação a determinados grupos femininos minorativos ou em situações peculiares.

Dessa forma, convalidou-se a que discriminação contra as mulheres, por conta de seu gênero, é um fato predominante no meio social, advindo do sistema patriarcal, fenômeno dessa desigualdade. A partir de um estudo sobre a participação da mulher na sociedade, foi demonstrado que a mulher foi submetida a um papel secundário a partir de um determinado momento da história, o que justifica a importância da adoção de leis específicas que sejam realmente efetivas e que possibilitem a evolução da mulher no âmbito social, de maneira gradual e continua.

Por meio dessa análise, se afirmam as hipóteses apresentadas, as quais propõem mais divulgações das formas de medidas protetivas já existentes, de forma a encorajar as mulheres em situações de violência doméstica. Como também o possível tratamento do agressor, por intermédio de diálogos com psicólogos e palestras educativas, considerando que possivelmente, ele tenha convivido em ambiente familiar conturbado e pratica a violência como reflexo de seu passado.

Tem-se o seguinte trabalho como algo contemporâneo e contributivo para o cenário atual. Proporciona a oportunidade de uma continuação concisa da pesquisa, pois as conclusões alcançadas demonstram a importância do tema como algo atual, e de uma grande valia no âmbito social.

Para assegurar melhor eficácia nos mecanismos legais, concluiu-se que é necessária a implantação de Projetos e Campanhas, para que a legislação de aproxime da realidade da sociedade, pois dessa forma, além de alcançar à todos os públicos, motiva maior número de pessoas a lutar pela igualdade.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: fatos e mitos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960. Disponível em:

<<http://www.mediafire.com/file/jwnvr06bi488a4u/BEAUVOIR%2C+Simone+de.+O+S egundo+Sexo%2C+VOL+I+-+Fatos+e+Mltos.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. **Campanha Compromisso e Atitude**. Publicado em: 1º ago. 2012.

Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria-da-penha-maia-fernandes/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Brasília, DF, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Senado Federal. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/323788716/Apostila-Dialogando-Sobre-a-Lei-Maria-Da-Penha-VF>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 1.973/1996**. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º ago. 1996. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 4.377/2002**. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 7.030**, de 14 dez. 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Diário Oficial, Brasília, DF. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 11.340/2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 2006.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 08 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 3.689/1941**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 1941.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 08 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Lobby do Batom**: marco histórico no combate às discriminações. Senado Federal. Apresentado por Ester Monteiro. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Tratar o Agressor, Solução Inovadora**. Brasília, DF. Publicado em: 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saneamento-basico/violencia-contra-a-mulher/tratar-o-agressor-solucao-inovadora>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Serviços Especializados de Atendimento a Mulher**. Senado Federal. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher>>. Acesso em 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 97315**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 24 mai. 2018. Publicado em 01 jun. 2018. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=pris%E3o+preventiva+descumprimento+medidas+protetivas&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70068435742**. Relator Victor Luiz Barcellos Lima. Julgado em 15 set. 2016. Publicado em 04 out. 2016. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70068435742&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70068435742&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70071578066**. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. Julgado em 23 nov. 2016. Publicado em 30 nov. 2016. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70071578066&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70071578066&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70053949632**. Relator Sandro Luz Portal. Julgado em 17 set. 2016. Publicado em 05 nov. 2016. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8)>

8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\_qj=&site=ementario&as\_epq=&as\_oq=&as\_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70053949632&as\_q=+#main\_res\_juris>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CHAGAS, Letícia; CHAGAS, Arnaldo Toni. **A Posição da Mulher em Diferentes Épocas e a Herança Social do Machismo no Brasil**. 2017. Disponível em: <[http://www.psicologia.pt/artigos/ver\\_artigo.php?a-posicao-da-mulher-em-diferentes-epocas-e-a-heranca-social-do-machismo-no-brasil&codigo=A1095&area=D12C](http://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo.php?a-posicao-da-mulher-em-diferentes-epocas-e-a-heranca-social-do-machismo-no-brasil&codigo=A1095&area=D12C)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: <<http://lelivros.love/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em: 08 maio 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o Direito**. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_732\)23\\_\\_a\\_mulher\\_e\\_o\\_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Rainha do Lar**. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_738\)16\\_\\_a\\_rainha\\_do\\_lar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_738)16__a_rainha_do_lar.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **As Mulheres na Vida Pública**. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_742\)11\\_\\_as\\_mulheres\\_na\\_vida\\_publica.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_742)11__as_mulheres_na_vida_publica.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502187825/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

MATIELLO, Carla; TIBOLA, Rafaela Caroline Uto. **(In)eficácia das Medidas Protetivas de Urgência da Lei nº 11.340/2006**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3680, 29 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25018>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos: 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Organizações das Nações Unidas Mulheres. **He for She**. Disponível em: <<http://www.heforshe.org/pt>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília, Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496212>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PITANGUY, Jacqueline. **Os Direitos Humanos das Mulheres**. São Paulo: 2018. Disponível em: <[http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo\\_mulheres\\_jacpit.pdf](http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo_mulheres_jacpit.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PORTUGAL. **Base de Dados Jurídicos**: poder marital. Coimbra: 2017. Disponível em: <[https://bdjur.almedina.net/register.php?jump=%2Fitem.php%3Ffield%3Ditem\\_id%26value%3D368476](https://bdjur.almedina.net/register.php?jump=%2Fitem.php%3Ffield%3Ditem_id%26value%3D368476)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo: 2004. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/258850920/Genero-Patriarcado-Violencia>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Já Se Mete a Colher em Briga de Marido e Mulher**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88391999000400009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SCHRAIBER, Lilian, *et al.* **Violência Dói e Não é Direito**: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos. São Paulo: UNESP, 2005. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=E4WZbqDAP5sC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

TILLY, Louise. **Gênero, História das Mulheres e História Social**. Revista Estud. Fem., Florianópolis, vol. 17, nº 1, jan. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2009000100009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000100009)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

## O PERCURSO DOS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XX

Juliana Bedin Grando<sup>1</sup>  
Renata Maciel<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente estudo trata do percurso dos direitos humanos ao longo do século XX. O primeiro ponto revela o fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa. No segundo ponto, destaca-se o Estado Democrático de Direitos como forma fundamental de concretização dos direitos humanos, em especial por, ao longo do processo histórico, ter ampliado a abrangência dos homens que são considerados como cidadãos de determinado Estado. Por fim, discute a afirmação dos direitos humanos, bem como as elaborações de gerações de direitos. Utiliza-se como metodologia de pesquisa qualitativa, com estilo bibliográfico e escrita monográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos - Estado Democrático de Direitos - Gerações de Direitos Humanos.

### INTRODUÇÃO

Os direitos humanos surgem como resposta e consequência de decisões culturais tomadas durante o percurso da humanidade, configurando-se em grandes conquistas dos seres humanos. Assim, os direitos humanos representam as garantias mínimas de existência dos seres humanos para serem assim considerados

Nesse contexto, os direitos humanos passam a ser desenvolvidos no âmbito das nações, restringindo-se aos limites territoriais. No entanto, da análise do percurso dos direitos humanos no século XX, percebe-se que não se pode mais restringir os direitos humanos nos limites da nação e de sua soberania. A sociedade moderna exige um aparato diferenciado para que os direitos sejam reconhecidos, mas,

---

1 Doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. Advogada.

2 Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade FEEVALE, com bolsa da CAPES. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, com bolsa da FAPERGS. Especialista em Direito Administrativo e Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2013). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2010). Professora do curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA. Advogada.

principalmente, protegidos e efetivados. Assim, o século XX traz consigo o desafio de repensar os direitos humanos.

Em conjunto a este fato, observa-se que cada vez mais se afirma a constância da universalidade dos direitos humanos, ou seja, os direitos humanos são produtos universais e, portanto, devem ser a todos destinados. Contudo, apresenta-se também um novo desafio: como adequar a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos em uma sociedade moderna que se pauta por questões culturais marcantes?

Nesse sentido, o presente ensaio busca analisar como os direitos humanos surgem e evoluem para direitos inerentes a todos os seres humanos. Nessa senda, a discussão passa a ser da adequação dos patamares já estabelecidos no decorrer do percurso da conquista dos direitos humanos, com a afirmação dos direitos humanos como universais, compatibilizando-se tais ideias com a necessidade de se mudar o cenário existente no período pós-guerra.

Assim, o presente ensaio busca ainda analisar como dá-se esse percurso dos direitos humanos no século XX para chegar-se no patamar atualmente existente. Em geral, os direitos são reconhecidos pela nação da qual o indivíduo faz parte; enquanto que os direitos humanos são inerentes à figura do homem enquanto espécie, e devem ser efetivados e respeitados em qualquer local onde este sujeito se encontre, independentemente de possuir vínculo político ou não com determinado Estado democrático.

## 1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são decorrentes da construção jurídica histórica da civilização. Ao contrário de representarem um acontecimento natural decorrente de uma vontade única, divina ou mitológica, os direitos humanos se estabelecem através do desenvolvimento do indivíduo, na imposição de limite ao poder soberano.

Ao considerar essa evolução histórica como fundamental na construção dos direitos humanos, Norberto Bobbio afirma que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (BOBBIO, 2004, p. 5).

Dessa forma, por buscarem um aprimoramento sobre a convivência humana, e sendo decorrentes desses fatores históricos e culturais, Bobbio defende que não é possível a busca por um único fundamento absoluto, inquestionável, irreversível para

os direitos humanos. No entanto, existem fundamentações variadas e válidas para os direitos humanos (BOBBIO, 2004). O autor destaca que a busca de um único fundamento absoluto para os direitos humanos passa por quatro dificuldades: a consideração de que “direitos humanos” é uma expressão muito vaga; o fato de os direitos do homem constituírem uma classe variável de acordo com o momento histórico; ser a classe dos direitos do homem heterogênea; e, os direitos humanos apresentam uma antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas.

A discussão inicial sobre os direitos humanos começa com os direitos naturais, que foram os direitos que conseguiram conceber, ainda que ínfimas, concepções de que existem direitos mínimos que são inerentes a pessoa humana independentemente do Estado. Esses direitos naturais, proclamados no século XVIII se transformaram em direitos humanos.

O marco histórico para os direitos humanos é o início da modernidade, bem como a promulgação de documentos legais que conseguiram distinguir o Homem, do Estado e soberano. Nesse sentido, Costas Douzinas refere que “[...] se a modernidade é a época do sujeito, os direitos humanos coloriram o mundo à imagem e semelhança do indivíduo.” (DOUZINAS, 2009, p. 99).

Assim, muitos direitos humanos são assim caracterizados e conquistados durante várias passagens de séculos. Porém, somente com a ascensão da figura do Estado de Direito é que pode realmente falar em direitos humanos nos patamares atualmente compreendidos. Essa ascensão do Estado traz consigo mudanças significativas no cenário dos direitos e, igualmente, dos direitos humanos.

Nessa seara, o ser humano passa a ser reconhecido como tal e, portanto, necessita da proteção do Estado para que certos direitos lhe sejam efetivamente reconhecidos e aplicados, sob pena de não se ter a base da humanidade que a todos é destinada com a acepção de Estado de Direito. Conjuntamente, estabelece-se uma ideia de garantias mínimas para que os sujeitos sejam reconhecidos não apenas como seres humanos, mas partícipes de uma sociedade, a qual dá-se pela conquista da cidadania, ou seja, com a conquista desses direitos mínimos. Por conseguinte,

Se somos soberanos, nossos direitos, consubstanciados na expressão de uma vontade geral, devem ser respeitados por uma vontade particular, que é a do representante-mandatário. Liberdade, propriedade e segurança do povo (ou nação) devem ser respeitadas, portanto, em razão da soberania da vontade geral. O ESTADO DEVE ASSEGURAR TAIS DIREITOS, NÃO OS PODENDO VIOLAR. (DE CONTI, S.d., p. 07, sic).

Assim, aos Estados passam a ser exigidas prestações mínimas para que o ser humano possa ser assim considerado e possa exercer sua cidadania, configurando-se em uma imposição frente ao Estado.

Nesse cenário, ao falar-se em direitos humanos, diversos pontos históricos podem ser tomados como margem de análise, sendo que dois dos marcos mais importantes que se pode tomar como base de análise é a Declaração de Direitos da Virgínia datada do ano de 1776 e da Declaração de Direitos da França do ano de 1789.

A natureza pública e política da Revolução Francesa é evidente para os direitos humanos, a partir da redação de tal declaração os direitos pertencem ao homem e ao cidadão. Douzinas destaca que a diferença entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos do cidadão não fica clara, os direitos proclamados não eram um fim em si mesmos, mas os meios usados pela Assembleia para reconstruir o Estado (DOUZINAS, 2009).

Acerca da importância da Declaração de Direitos da França, Norberto Bobbio coloca que “Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.” (Bobbio, 2004, p. 39).

Desse modo, o principal marco que pode ser utilizado para iniciar-se uma análise acerca da temática dos direitos humanos, é a Declaração de Direitos da França, que traz consigo um novo cenário para a Europa, o qual se estende ao restante do mundo no decorrer dos anos. Marca este um ponto decisivo para a sociedade mundial, com a Revolução e a edição de uma importante Declaração que demonstra de fato a importância que os direitos humanos passam a desempenhar na sociedade moderna.

Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos a afirmação dos direitos fundamentais é, simultaneamente, universal e positiva: universal, no sentido de que os destinatários dos direitos são todos os homens, não especificamente de um ou de outro Estado, como ocorria na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão; positiva, no sentido de que os direitos que se busca a proteção deverão ser não apenas proclamados, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. Assim, os direitos do cidadão terão se transformado, real e positivamente, em direitos do homem, ou, minimamente, serão direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo (BOBBIO, 2004).

Ao serem proclamados direitos universais e inalienáveis, todo o sistema sócio-político existente tem de ser modificado, sob pena de infringir os novos limites postos.

Sendo proclamado pelos cidadãos e em sendo esses os detentores do poder de criar leis, não havendo a figura do soberano e estando a racionalidade posta em plano de destaque, conseqüentemente, vem a surgir o debate sobre governabilidade e formas de governo, havendo debates sobre todas as formas até então conhecidas, inclusive a Democracia.

O homem possuidor de conteúdo e racionalidade possui a autonomia de promover política e de legislar tendo vínculo apenas para consigo mesmo, e não para com ser ou entidade superior. O homem moderno reconhece, afirma e se estabelece como portador de um livre-arbítrio natural. Esse livre arbítrio é o meio pelo qual se reconhece os direitos naturais, agora humanos. Contudo, a sociedade demanda organização, sendo essa determinada pelo respeito à legislação posta, permitindo a contraposição à mesma.

Os direitos humanos são o triunfo da universalidade humana, onde a lei dirige-se a todos os Estados e a todas as pessoas humanas e declara suas prerrogativas de fazerem parte do patrimônio da humanidade, o que substituiu a natureza humana como a base retórica dos direitos. Conforme Douzinas,

Direitos positivados preenchem a lacuna entre a realidade empírica e a ideal deixada aberta pela separação francesa entre homem e cidadão, apesar de seus problemas evidentes. Um Estado que assina e aceita convenções e declarações de direitos humanos pode alegar ser um Estado de direitos humanos. Direitos humanos são, então, vistos como um discurso indeterminado de legitimação do Estado, ou como uma retórica vazia da rebelião, discurso este que pode ser facilmente co-optado por todos os tipos de oposição, minoria ou líderes religiosos, cujo projeto político não é humanizar Estados repressivos, mas substituí-los por seus próprios regimes igualmente homicidas. (DOUZINAS, 2009, p. 129).

Nesse sentido, os direitos humanos foram um instrumento central para legitimar, nacional e internacionalmente, a ordem do pós-guerra, num momento em que todos os princípios do Estado e da organização internacional haviam emergido da guerra seriamente enfraquecidos.

Importante lembrar que, de acordo com Bobbio, “[...] os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.” (BOBBIO, 2004, p. 32). Apesar de já ter-se evoluído muito, os direitos humanos ainda são algo

desejável, que merecem ser perseguidos para que possam ser reconhecidos, por toda a parte e igual medida.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS E OS DIREITOS HUMANOS**

A democracia é o regime político que melhor promove e protege os direitos humanos, uma vez que é um regime fundado na soberania popular, no sentido de que todo poder emana do povo, e na separação e desconcentração dos poderes. Bobbio destaca a democracia como “[...] um conjunto de regras [...] para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue[...]” sendo “[...] o bom governo democrático” aquele que respeita rigorosamente as regras, donde se conclui, “tranqüilamente, que a democracia é o governo das leis por excelência.” (BOBBIO, 1986, p. 170-171).

A democracia reúne liberdades civis, alternância no poder, igualdade jurídica e busca pela igualdade social, participação popular na esfera pública, solidariedade, respeito à diversidade e tolerância. Dessa forma, cada indivíduo pertencente ao Estado pode participar das decisões políticas que afetem sua vida privada ou a coletividade.

Percebe-se que o cidadão constitui elemento essencial para a democracia, isto porque é ele quem escolhe os representantes legais que irão formular as leis, em nome deste cidadão. Portanto, quanto maior o número de atores sociais (cidadãos) participando da tomada das decisões políticas, mais democrática será a sociedade. A democracia marca a subordinação do poder ao Direito bem como pressupõe a proteção aos Direitos Humanos, já que a democracia sem proteção aos direitos fundamentais deixa de existir.

A proteção aos direitos fundamentais busca limitar o poder do Estado, da religião e de outras instituições. Implica o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos, isto é, a possibilidade de serem atores de sua própria história. Nesse sentido, o indivíduo recusa a dominação e elege a liberdade como condição de felicidade central, percebe a si e ao outro como sujeitos de direitos.

Touraine ensina que a “A democracia é o conjunto das garantias institucionais que permitem combinar a unidade da razão instrumental com a diversidade das memórias, a permuta com a liberdade”. (TOURAINÉ, 1996, p. 11). Em outras palavras,

a democracia “[...] é a forma de vida política que dá maior liberdade ao maior número de pessoas, que protege e reconhece a maior diversidade possível.” (TOURAINÉ, 1996, p. 25).

Apesar das diversas concepções de democracia, todas permitem constatar que o estado democrático busca a proteção dos cidadãos, que apesar de suas diferenças, devem ser reconhecidos como portadores de direitos fundamentais. Destaca-se, ainda, para a necessidade de proteção às minorias excluídas como forma de garantia da igualdade desses grupos sociais.

Piovesan destaca que a democracia é um conceito em constante modificação, aberto, plural e dinâmico. A autora destaca duas acepções para o termo democracia, uma no sentido formal e a outra no sentido material:

Na acepção formal, pode-se afirmar que a democracia compreende o respeito à legalidade, constituindo o chamado Governo das Leis, marcado pela subordinação do poder ao Direito. Essa concepção acentua a dimensão política do conceito de Democracia, na medida que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem governa e como se governa. As regras do jogo democrático representam a civilidade da passagem do reino da violência para o da não violência.

Por outro lado, na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos direitos humanos. Isto é, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, a democratização requer o aprofundamento da democracia no cotidiano, por meio do exercício da cidadania e da efetiva apropriação dos direitos humanos. Nesse sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A Democracia exige, a igualdade no exercício de direitos civil, políticos, sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2000, p. 228).

A soberania popular é o eixo central da ideia de democracia, uma vez que é uma ordem política produzida pela ação humana que não pode ser explicada por um Estado específico, já que a realização da democracia transcende o Estado. A democracia não se restringe somente ao zelo pela legalidade, mas também pela proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, é possível assegurar que a igualdade política é condição para a democracia, mas esta não significa tão somente a atribuição de direitos iguais; implica compensar as desigualdades, tarefa do Estado democrático.

Todorov destaca que a democracia se caracteriza não só por um modo de instituição do poder ou pela finalidade de sua ação, mas também pela maneira como o poder é exercido. A palavra-chave aqui é pluralismo, pois se considera que os

poderes, por mais legítimos que sejam, não devem ser todos confiados às mesmas pessoas nem concentrados nas mesmas instituições. Assim, o Poder Judiciário deve ser independente do poder político (Legislativo e Executivo) para realizar seus julgamentos sem qualquer intervenção. Da mesma forma que a economia não pode se submeter ao poder político, assim como não podem determinados grupos sociais específicos serem privilegiados em relação aos demais, sob a consequência de, caso assim não o seja, aumentarem ainda mais as desigualdades e se estar infringindo os direitos humanos (TODOROV, 2012).

A vontade do povo também defronta com um limite de outra natureza: para evitar sofrer os efeitos de uma emoção passageira ou de uma manipulação hábil da opinião pública, ela deve manter-se conforme aos grandes princípios definidos após uma reflexão madura e inscritos na Constituição do país, ou simplesmente herdados da sabedoria dos povos.

Deve-se observar a existência de direitos humanos dentro dos ordenamentos jurídicos e, principalmente, dentro das ações tomadas pelos Estados, uma vez que os Direitos Humanos não são limitados a uma parcela populacional, mas se pressupõe que são entendidos na sua (quase) essência, em maior número, em Estados democráticos.

Apesar de a democracia já ser reconhecida desde a Grécia Antiga (séculos IX e VIII a.C.), nas cidades-estados, chamadas de *polis*<sup>1</sup>, como forma de governo, foi a partir do século XIX que a massa popular passou a ter maior participação nos sistemas políticos, em especial decorrente da Revolução Industrial que ampliou significativamente o contingente de trabalhadores urbanos. Até esse momento histórico, o sufrágio era limitado aos homens, com idade pré-estabelecida, nacionais, proprietários. A ideia de democracia como governo do povo era rechaçada pela burguesia. O sistema político democrático foi estabelecido como padrão somente a partir da segunda metade do século XIX, momento em que o sufrágio passou a ser praticamente universal.

---

<sup>1</sup> O sentido da palavra *polis* era também empregado para indicar comunidade, sociedade política e até mesmo República e Estado, sendo tal técnica utilizada por Aristóteles em sua obra Política. Não obstante a variedade de traduções para o termo, deve-se considerar que este sempre indicava um núcleo no sentido de ser ele um Estado completo. Colocação de Mário da Gama Cury, tradutor de Política, de Aristóteles, p. 287.

Com o sufrágio estabelecido, agora em um número maior de participantes, estes passam a tomar consciência que o Estado é o “administrador” de muitos de seus direitos e por tal, deve provê-los. Com isso, após a fixação do Estado Democrático, em uma ordem crescente entendida como evolutiva, surge a figura do Estado Democrático de Direito, que é o Estado reconhecedor e provedor de direitos fundamentais aos seus cidadãos. O Estado deixa de ser apenas omissivo e passa a ser agente ativo constante na garantia de direitos universais.

No Estado de Direito, desaparece o caráter assistencial da prestação de serviços e os direitos passam a ser vistos como inerentes à cidadania, ao pressuposto da dignidade da pessoa humana, ou seja, os direitos passam a constituir um patrimônio do cidadão. O *Welfare State* constitui o Estado no qual o cidadão é protegido por mecanismos e prestações públicas estatais que visam a igualdade e o bem-estar, independentemente de sua situação social (MORAIS, 2011).

Pelo Estado de Bem Estar Social devem ser garantidos aos cidadãos os direitos mínimos, quais sejam, renda, alimentação, saúde, habitação educação. Tais direitos devem ser garantidos não como uma caridade por parte do Estado, mas sim como um direito político dos cidadãos. Há uma garantia de bem estar aos cidadãos por meio de prestações positivas do Estado, que aparece como promotor da qualidade de vida, tanto dos indivíduos quanto de toda a coletividade. Nesse contexto emerge o denominado Estado Democrático de Direito.

Ademais, em tal modelo de Estado as decisões deixam de serem tomadas pela simples vontade do soberano para serem reguladas e limitadas por normas gerais e abstratas que estabelecem “quando”, “como” e “em que medida” que a força pode ser utilizada. Assim, o uso da força passa a ser definido como legítimo e ilegítimo, bem como, entre legal e ilegal; o Estado de direito busca apresentar uma possibilidade de resolução de conflitos sem que seja necessário o uso da força, ou, que esta seja utilizada somente como último recurso.

Nesse sentido, Bobbio destaca que o Estado de direito celebra o triunfo da democracia, uma vez que a natureza do Estado de direito e da democracia estão intimamente relacionadas. O mesmo autor destaca que a universalidade do sufrágio é um elemento fundamental da democracia, pois, a regra da escolha da maioria pode ocorrer também em regimes autoritários. Nesse sentido refere que para se

caracterizar a democracia é preciso que exista o sufrágio universal combinado com a decisão pela maioria (BOBBIO, 1986).

Resta claro que a democracia pressupõe que as decisões sejam tomadas pela maioria dos cidadãos, e que, por cidadãos devem ser entendidos todos aqueles, capazes, que compõem a coletividade do Estado, sem qualquer tipo de discriminação, seja por cor, raça, sexo, orientação religiosa (a universalidade do sufrágio se dá a partir de tal concepção). Na democracia a figura do soberano desaparece; as decisões não mais se dão pela vontade de um só ser, mas sim, são aplicadas a partir de normas legais, caracterizando, claramente, que o poder pertence ao povo.

Nesse sentido, Bobbio destaca duas situações que é preciso levar em consideração para a conceituação do Estado de direito. A primeira refere-se à superioridade do governo das leis sobre o governo dos Homens, no qual as leis fundamentais ou constitucionais é que regulam o exercício dos poderes públicos, com exceção da possibilidade de os cidadãos se socorrerem do Poder Judiciário em caso de abuso ou excesso de poder. A segunda é a consideração do impacto trazido pela constitucionalização dos direitos naturais ao conceito de Estado de Direito.

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio 'invioláveis' - esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana. (BOBBIO, 1986, p. 170-171).

Portanto, o Estado de Direito impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico, uma vez que o Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*. "Pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora." (MORAIS, 2011, p. 41).

Apesar de alguns Estados não democráticos proclamem-se respeitadores dos direitos humanos, a gama de direitos contemplados por tal proteção é ínfima, uma vez que, conforme afirma Beetham que a garantia das liberdades básicas é uma condição

necessária para a voz das pessoas serem ativas nas questões públicas e para o controle popular sobre os governos ficar assegurado (BEETHAM, 2003).

O Estado de direito oferece especial atenção ao cidadão, seja quanto aos direitos fundamentais que devem ser garantidos e protegidos, seja no campo do uso da força por parte do Estado, que passa a ser regulada por normas gerais, e não mais caso a caso. Sabe-se que os direitos humanos não existem em um sistema que não seja o democrático; direitos humanos e Estado democrático são inerentes um ao outro, em sua essência conceitual.

A partir desse momento, estabelece-se um marco decisivo nos direitos com o seu reconhecimento e desenvolvimento. Uma das divergências existentes no cenário dessas “eras de direitos” surge a partir da tentativa de classificar tais direitos em dimensões ou gerações. Muitos autores rebatem a ideia de elaborar tal classificação. Outros, por sua vez, elaboram diversas classificações com nomenclaturas diversas como gerações, dimensões, etc.

### **3 AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

A classificação elaborada por Gilmar Antonio Bedin, e aqui adotada, remete-nos a ideia de quatro gerações de direitos. A primeira geração diz respeito aos direitos civis, a segunda aos direitos políticos, a terceira aos direitos econômicos e sociais e a quarta geração aos direitos de solidariedade (BEDIN, 2002).

Nessa perspectiva, o autor trabalha que a primeira geração, que teve como data de início as Declarações da Virgínia e da França em 1776 e 1789, respectivamente, e refere-se aos ditos direitos civis, ou seja, os direitos relacionados às liberdades civis básicas (BEDIN, 2002). Ademais, essa primeira geração constitui-se, segundo o autor, de direitos negativos, ensejando, portanto, a possibilidade de exigência destes contra o Estado.

Nessa seara, estabelece-se uma divisão entre privado e público, firmando-se como uma das características mais marcantes da sociedade moderna. Por outro lado, De Conti (S.d.) afirma, ainda, que se estabelece não apenas uma divisão, mas sim uma supremacia do interesse individual frente ao público. Frise-se, contudo, que, segundo Lefort apud Bedin, os direitos reconhecidos nessa primeira geração constituem a pedra fundamental da democracia moderna (LEFORT apud BEDIN, 2002).

A segunda geração, por sua vez, diz respeito aos direitos políticos ou liberdades políticas. Diferencia-se, essencialmente, da primeira geração pelo fato de que constituírem-se como direitos positivos, ou seja, pela possibilidade de participação do sujeito na esfera estatal. Ressalte-se que

Este deslocamento, de “contra o Estado” para “participar no Estado”, é importantíssimo, pois nos indica o surgimento de uma nova perspectiva da

liberdade. Esta deixa de ser pensada exclusivamente de forma negativa, como não-impedimento, para ser compreendida de forma positiva, como autonomia. A liberdade compreendida como autonomia revela o núcleo central dos direitos políticos, qual seja o de participar na formação do Estado. (BEDIN, 2002, p. 56-57).

Assim, estes direitos consagrados nessa segunda geração, possibilitam que o sujeito além de ter assegurada a sua liberdade, possa igualmente participar da formatação estatal, através de diversos instrumentos, como, por exemplo, pelo voto – sufrágio universal.

Na terceira geração, são compreendidos os direitos econômicos e sociais, ou seja, parte-se da ideia dos direitos por meio do Estado que, segundo Bedin, constituem-se como “[...] direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social.” (BEDIN, 2002, p. 62). Desse modo, compreende-se como partes dessa geração os direitos relativos aos trabalhadores e aos consumidores, ou seja, as questões relativas à previdência, assistência, saúde, habitação, educação, entre outros.

Por fim, a quarta geração perpassa pelos direitos de solidariedade e surge com a ascensão do direito no âmbito internacional, tendo como marco principal o ano de 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e se caracterizam por serem direitos “sobre o Estado”, modificando-se a concepção de soberania dos Estados. Nesse período, os Estados vão modificando-se para incorporarem novas ideias, essencialmente, com novas orientações no sentido de formação de blocos e de novas capacidades aos indivíduos no âmbito internacional (BEDIN, 2002).

Após este período, segundo Bedin possibilita-se que os direitos humanos sejam protegidos não mais apenas dentro dos Estados, mas sim, no plano internacional (BEDIN, 2002). Assim, dá-se início ao período atual, de ampliação da esfera internacional, com vistas cada vez mais a proteção e efetivação dos direitos humanos a todos os seres humanos. Ademais,

Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada ideia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação [...] (PIOVESAN, 1997, p. 159-160).

Assim, as gerações de direitos devem ser compreendidas apenas como uma forma de classificação dos direitos, pois, essencialmente, constituem-se em fases de acumulação de direitos que com o decorrer da história da humanidade representam ganhos para a configuração cada vez mais ampla das garantias mínimas para a sobrevivência com dignidade dos seres humanos.

Após a Declaração de 1948, tais direitos deixam de limitar-se ao âmbito das nações para fazer parte do âmbito mundial, reforçando-se cada vez mais sua interdependência e necessidade de proteção, para que a todos possam ser alcançados.

## CONCLUSÃO

Os direitos humanos são conquistas que foram alcançadas durante uma longa trajetória dos homens, que ganham maior importância com a ascensão do Estado de Direito. Diferentes são as elaborações de pontos essenciais a partir dos quais a temática dos direitos humanos afirma-se como possibilidade de ponto de análise. No entanto, no presente artigo para tratar-se da temática, adota-se como o primeiro marco essencial da temática a elaboração da Declaração de Direitos da Virgínia no ano de 1776 e, posteriormente, a Declaração de Direitos da França no ano de 1789.

Ocorre que o período pós 2ª Guerra Mundial traz consigo uma necessidade premente de afirmar-se os direitos humanos. Nessa seara, a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração de Direitos Humanos (1948) trazem consigo o escopo de afirmar os direitos humanos no âmbito internacional, de afirmar a universalidade de tais direitos e ainda dar início ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

A partir deste novo cenário, de transposição de fronteiras e reconhecimento de direitos como produtos culturais, desenvolve-se a necessidade de estabelecer-se um diálogo mundial que possibilite a interação destes direitos a fim de se alcançar a universalidade e, ainda, de se estabelecer como ocorrerá a internacionalização neste novo escopo. Desse modo, a temática dos direitos humanos adquire uma nova formatação, com a discussão a partir de patamares que ensejam a afirmação das diversidades que representam a configuração essencial dos direitos humanos, acrescida da reafirmação de um mínimo existencial que deve ser a todos destinada, que coaduna-se com a essencialidade da ideia de universalismo dos direitos humanos.

Após estas datas, os humanos vão adquirindo direitos contra e perante o Estado. Nessa senda, muitos autores asseveram acerca da elaboração de uma

classificação destes direitos conquistados, por meio de gerações de direitos. Nessas gerações são elencados os direitos civis, políticos, liberdades e igualdades.

Da análise do percurso dos direitos humanos no século XX, revela-se que muitas foram as conquistas alcançadas, mas, ainda, muitas são as conquistas a serem alcançadas. Desse modo, o caminho percorrido pelos direitos humanos no século passado demonstra uma importante evolução para que se pudesse chegar no patamar atualmente encontrado, mas que vai além, pois possibilita a continuidade da evolução sempre com o olhar de ampliação da proteção e da efetividade dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996.

\_\_\_\_\_. Tratado da Política. **Portugal**: Europa-América Publicações, 1977.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. Governo dos homens ou governo das leis. In: \_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de M. A. Nogueira. Título original: Il futuro dellademocrazia. Una difesadelleregoledelgioco. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p.151-171.

DE CONTI, Rafael Augusto. **História da Filosofia dos Direitos Humanos** [ou da descrição das relações entre o indivíduo e o coletivo nas gerações (ou dimensões) dos direitos humanos e suas implicações nos sistemas protetivos de tais direitos]. Disponível em: < <http://www.lawyrs.net/files/publications/289-deconti-rafael-Historia-da-filosofia-dos-direitos-humanos.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os Desafios Da Globalização. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 54, p. 221-248, ano 2000. Disponível em:

<<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12881.pdf#page=221>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. Paris. Companhia da Letras. 2012.

TOURAINÉ, Alain. **O que é Democracia?** Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

## **A INCOERÊNCIA DOS ENTENDIMENTOS JURÍDICOS ACERCA DO PRÉ-DATAMENTO DE CHEQUES**

Daiana Dreissig<sup>1</sup>  
Gilson Braz do Amaral<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo trata sobre o título de crédito cheque, observando-se sua utilização, especialmente quanto aos prazos empregados para a manipulação e negociação do título. O problema direcionador da pesquisa refere-se à divergência da consideração de datas, nos aspectos legal, costumeiro e jurisprudencial. Dessa forma, o objetivo principal da construção do artigo é identificar e compreender os diferentes entendimentos quanto à aplicação de datas dos cheques, visto que essas divergências afetam o alcance da plena utilização do título. A construção da pesquisa é de natureza teórica, baseada na investigação da legislação e das doutrinas brasileiras, bem como das jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (entre os anos de 2009 e 2018). Para abarcar satisfatoriamente a temática, o artigo é proposto em partes que abordam os seguintes aspectos, além da conclusão: aspectos históricos e gerais do cheque; possibilidades processuais/judiciais frente ao inadimplemento do cheque; pré-datamento do cheque; divergências quanto à utilização do cheque correlacionadas às datas estipuladas no título. Concluindo-se que as contraditórias regras de utilização do cheque causam desordem e de certa forma representam contradições jurídicas, além de prejudicarem o credor e beneficiarem o devedor do título, espera-se que o presente artigo contribua para angariar soluções e sedimentar um regramento que não se contradiga, a fim de que não sejam dispensados tratamentos distintos para as partes.

Palavras-chave: Cheques – Datas – Prazos – Divergências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo é dedicado ao título de crédito cheque, pontuando sobre sua utilização, especialmente quanto aos prazos empregados para a manipulação e negociação, judicial e extrajudicial, do título. O problema direcionador da pesquisa refere-se à divergência da consideração de datas, nos aspectos legal, costumeiro e jurisprudencial para a utilização dos cheques.

<sup>1</sup>Bacharela em Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. daianadreissig@yahoo.com.br

<sup>2</sup>Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas. Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS. gilsonbrazamaral@hotmail.com

O objetivo geral da construção do artigo é identificar e compreender os diferentes entendimentos quanto à aplicação de datas dos cheques, trazendo, para tanto, os aspectos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais acerca da temática e que baseiam tais divergências. O presente estudo justifica-se no fato de que tais discrepâncias afetam o alcance da plena utilização do título de crédito, trazendo consequências distintas para os respectivos credor e devedor.

A construção da pesquisa é de natureza teórica, baseada na investigação da legislação e das doutrinas brasileiras, bem como das jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (entre os anos de 2009 e 2018). Os principais autores do Direito Comercial cujas obras dão suporte ao artigo são Marcelo Hugo da Rocha e Fábio Ulhoa Coelho.

Para abarcar satisfatoriamente a temática, o artigo é proposto e dividido da seguinte forma, pontuando sobre os seguintes aspectos além da conclusão: aspectos históricos e gerais do cheque; possibilidades processuais/judiciais frente ao inadimplemento do cheque; pré-datamento do cheque; divergências quanto à utilização do cheque correlacionadas às datas estipuladas no título.

## 1 O QUE É O CHEQUE

O cheque constitui um título de crédito, ou seja, um instrumento de pagamento que, representando uma obrigação pecuniária, exprime e substitui a moeda, possibilitando inclusive pagamentos à distância (COELHO, 2011; ROCHA, 2017). Interessante apontar que os títulos de crédito não são uma criação recente, mas sim

[...] remontam da **Idade Média** e surgiram como documentos representativos de riqueza, facilitando o transporte e a circulação de valores. Nesta época, registraram-se, de maneira mais frequente e mais completa, documentos que representavam direitos de crédito e que, posteriormente, passaram a ser transferidos, e quem tivesse posse dessas cártulas, poderia exercer na condição de proprietário, os direitos mencionados nestes papéis. (ROCHA, 2017, p. 135).

Apesar de o contexto atual da sociedade incentivar a utilização da tecnologia digital para as transações financeiras, como *internet banking* e cartões de crédito, aumentando as opções de pagamento nas negociações, observa-se que ainda é

expressivo o uso de cheques, possivelmente por ser um documento formal que auxilia na comprovação dos negócios jurídicos. Tal relevância se verifica no fato de que o direito brasileiro possui legislação própria, qual seja, a Lei 7.357/1985 (popularmente conhecida como Lei do Cheque), além do Decreto Lei 57.595/1966.

Conforme o artigo 1º da Lei 7.357/1985, para que um título seja considerado cheque, deve obedecer a alguns requisitos: denominação “cheque” expressa no título; seja ordem de pagamento de quantia determinada; constância do nome da instituição financeira que deve pagar; indicação do lugar de pagamento, da data e do lugar de emissão; assinatura do emitente (BRASIL, 1985). É preciso considerar também que o cheque é um título de modelo vinculado, ou seja, segue padrões estabelecidos pela legislação e pelas instituições financeiras correspondentes.

Existem três componentes envolvidos na emissão e pagamento de um cheque: a) o *sacador* ou emitente, que é quem emite o cheque, e portanto, o titular da conta bancária na qual serão buscados fundos para quitar o cheque; b) o *sacado*, que é o banco ou instituição financeira que garante os valores do sacador; c) o *portador*, que é aquele, portando o título, é credor do valor nele constante (BRASIL, 1985).

O cheque, por ser título de crédito, obedece aos princípios cambiários da cartularidade (materialização por documento), da literalidade (em relação ao que está expressamente contido) e da autonomia (o título basta por si, independe de outro documento comprobatório) (ROCHA, 2017). Também, são atributos do cheque enquanto título de crédito, a circulabilidade, a negociabilidade, a exigibilidade e a executoriedade (ROSA Jr., 2007).

Conforme Rocha, o cheque possui algumas modalidades, quais sejam: *cheque visado*, que contém no verso do título o lançamento e assinatura do sacado, garantindo reserva da quantia em favor do portador; *cheque administrativo*, que é emitido pelo banco sacador contra si; *cheque cruzado*, caracterizado pela transposição de dois traços paralelos sobre o cheque pelo emitente ou portador, e pode ser geral (admitindo o pagamento exclusivamente via depósito, ou seja, em instituição financeira em que o beneficiário possua conta) ou especial (em que o pagamento é feito exclusivamente na instituição financeira especificada entre os traços de cruzamento); *cheque para se levar em conta*, que deve conter essa

expressão no título, e objetiva que o valor do cheque seja depositado em conta (ROCHA, 2017).

Ainda, cabe apontar que, dado o seu caráter circulatório, o cheque pode ser transmitido entre os indivíduos, em razão de negociações entre eles. Para tanto, utiliza-se de endosso, previsto no artigo 18, § 2º da Lei 7.357/1985, e que consiste no seu lançamento, no próprio cheque ou na folha de alongamento, conjuntamente à assinatura do endossante – e, de acordo com o artigo 23 da Lei 7.357/1985, torna-o solidariamente responsável pelo valor do título<sup>1</sup> (BRASIL, 1985).

O endosso pode discriminar a quem é destinado, podendo este novamente endossar o cheque e assim sucessivamente, formando uma cadeia de endossos, bem como pode o endosso ser “em branco”, que equivale como endosso ao portador, facultando a este completar o endosso com seu nome ou de terceiros, endossar o cheque novamente em branco ou a terceiro ou, ainda, transferir o cheque a terceiros sem completar o endosso e sem endossar, conforme artigo 20, incisos I, II e III da Lei 7.357/1985 (BRASIL, 1985).

Enquanto ordem de pagamento que substitui a moeda, o pagamento do cheque também é regado. De acordo com o artigo 33 da Lei 7.357/1985, o prazo de apresentação do cheque é de 30 dias se for de mesma praça (onde se localiza a instituição financeira sacada) e de 60 dias para praças distintas, contados da data de emissão (BRASIL, 1985). Entretanto, conforme disposição do Banco Central, mesmo que tenha escorrido o prazo legal de apresentação do cheque, se ele for apresentado à instituição financeira e a conta do sacado tiver fundos, o cheque será compensado (BACEN, 2018).

Contudo, há que se registrar a possibilidade de inadimplência, inclusive em relação ao cheque, que de regra é ordem de pagamento à vista. Diante disso, existem ferramentas judiciais de tentativa de recuperação do crédito representado pelo título. Tais métodos serão abordados no próximo tópico.

---

<sup>1</sup> Ou seja, se o cheque for cobrado judicialmente, é possível ajuizar a ação contra o emitente e a cadeia de endossantes, conforme recorte da ementa do Recurso Cível Nº 71007249618: “RECURSO INOMINADO. COBRANÇA. [...] CHEQUE TRANSMITIDO POR ENDOSSO EM BRANCO [...]. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DO CRÉDITO CONTRA TODOS INTEGRANTES DA CADEIA DE ENDOSSANTES.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

## 1.1 DO INADIMPLEMENTO DO CHEQUE

Quando da apresentação do cheque à instituição financeira sacada, pode ocorrer a devolução do título sem a devida compensação. Entretanto, para isso, é necessário que seja especificado o motivo de devolução, feito por meio de um carimbo da instituição financeira. Nesse sentido, o Banco Central mantém uma lista de motivos de devolução de cheques, que inclui insuficiência de fundos, conta encerrada, desacordo comercial, cheque sustado, cheque furtado ou roubado, erro formal, cheque prescrito, entre outros (BACEN, 2018).

Uma vez que não pago o cheque e inexistentes ou inoportunas as negociações extrajudiciais de pagamento, o portador possui a opção de cobrar judicialmente o valor nele contido. Existem possibilidades de ação judicial com tal objetivo, que são diferentes entre si, principalmente quanto aos prazos pelos quais são orientadas. A exemplo: ação de execução; ação de locupletamento e ação monitória.

A ação executiva tem como prazo de propositura 06 meses, contados do fim do prazo para apresentação (que é de 30 ou 60 dias da data de emissão, conforme a praça), de acordo com o artigo 59 da Lei 7.357/1985. Além da legislação específica, a execução de cheque é prevista também pelo Código de Processo Civil, pelo artigo 781, por se tratar de título executivo extrajudicial, conforme determina o artigo 784, inciso I (BRASIL, 2015). Esta ação é tecnicamente mais ágil que as demais porque dispensa a discussão sobre a origem do débito.

A ação de locupletamento tem prazo de propositura de 02 anos, contados do dia de prescrição do cheque, conforme artigo 61 da Lei 7.357/1985 (BRASIL, 1985). De forma exemplificativa, cita-se a ementa do Recurso Cível Nº 71006941405, julgado pelas Turmas Recursais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, abaixo transcrita:

**RECURSO INOMINADO. OBRIGACIONAL.TÍTULOS DE CRÉDITO. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. CHEQUE.** [...] Relata que, ao apresentar os cheques nas datas previstas para o pagamento, as cártulas foram devolvidas, tendo em vista que a recorrida não possuía fundos suficientes para a quitação. [...]. **A ação de locupletamento ilícito foi corretamente ajuizada, tendo em vista que prescreve em dois anos após fluído o prazo de prescrição da ação executiva (6 meses).** Precedente: Recurso Cível Nº 71006804140, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 14/12/2017. **Em se tratando de ação de**

**locupletamento, em que vigoram os princípios cambiários da autonomia e abstração do título, dispensa-se a prova da causa jurídica subjacente.**

Os cheques, nessas condições, bastam como provas do fato constitutivo do direito do autor, incumbindo ao réu comprovar que as cártulas foram preenchidas abusivamente pelo autor e que representam obrigações ilícitas (agiotagem), ônus que não se desincumbiu. [...]. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, com fulcro no art. 46 da Lei n.º 9.099/1995. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71006941405, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, Julgado em 26/04/2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018). (Grifos nossos).

Ainda, ultrapassado o prazo da ação de locupletamento, é possível o ajuizamento de ação monitória, que obedece ao prazo de 05 anos previsto no artigo 206, inciso I do Código Civil/2002 (BRASIL, 2002). Este prazo é contabilizado a partir da data subsequente à da emissão do cheque, conforme estipula a Súmula 503 do Superior Tribunal de Justiça, com exemplificação prática do Apelação Cível Nº 70076763929:

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. ART. 206, § 5º, I DO CC. SÚMULA 503 STJ. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ENDOSSO PÓSTUMO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Prazo prescricional da pretensão monitória fundada em cheque prescrito é subsequente, previsto no art. 206 §5º, inciso I do Código Civil. O termo inicial do prazo prescricional, por sua vez, é o dia subsequente à data de emissão da cártula, conforme dispõe a Súmula nº 503 do STJ. Precedentes desta Câmara.** Legitimidade ativa e passiva configuradas. Cessão civil não se confunde com o endosso. Caso dos autos em que os cheques foram endossados. Endosso póstumo na execução aforada pelo endossatário colimando a cobrança de cheques devolvidos pela alínea 21 não configurado. Inteligência do art. 27, da Lei nº 7.357/85 (Lei do Cheque). Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70076763929, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Marlei de Souza, Julgado em 06/06/2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018). (Grifos nossos).

Dessa forma, tem-se que as alternativas judiciais para cobrança do crédito denotam certa forma de garantia ao credor, vez que se este optar pela tentativa de negociação extrajudicial e não obtiver resultados, pode ainda contar com a via judicial, a depender do tempo decorrido da emissão do título. Nesse sentido, cumpre apontar que existe uma peculiaridade quanto à data de emissão do título, que será abordada no próximo item.

## 1.2 PRÉ-DATAMENTO DO CHEQUE: COSTUME

Apesar de o cheque ser ordem de pagamento à vista, é costumeira a sua utilização de forma diversa quanto às datas. Possivelmente para fins de facilitar parcelamentos e/ou obter prazos para pagamentos das mais diversas negociações, eventualmente os cheques são preenchidos com a data de emissão correta e, abaixo, com a expressão “bom para”, seguida de uma data futura, que é a combinada entre as partes para a apresentação do título. Conforme Rocha,

Também conhecido como “cheque pré-datado”, o cheque pós-datado é o cheque emitido com data posterior à da emissão, de modo a aguardar numerário do emitente em poder do sacado. Embora seja constantemente utilizado e aceito por todo o comércio, o cheque pós-datado é **vedado**, explicitamente, pela própria lei do cheque (*caput* do art. 32 da LCH). (ROCHA, 2017, p. 178).

É interessante frisar que apesar de a própria legislação ser contrária à essa prática que se tornou costume, a própria jurisprudência a valida, inclusive com base no Código Civil de 2002 que preceitua, no artigo 113, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002). Como exemplo, cita-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUES. COMPENSAÇÃO DAS CÁRTULAS. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. SÚMULA 370. 1. **Inicialmente, cumpre destacar que o cheque é uma ordem de pagamento à vista, ou seja, não há previsão legal de prazo para a sua apresentação.** Inteligência do art. 32 da Lei do Cheque. 2. **Contudo, a figura do cheque pós-datado é prática usual no comércio e como tal gera conseqüências jurídicas, realidade esta que deve ser levada em conta, na forma do art. 113 do CC. Assim, há de se destacar que o fato de inserir data futura na cártula não a desnatura como título de crédito, nem como título executivo extrajudicial, mas vincula a sua exigibilidade aquela.** 3. **No campo do direito obrigacional tem validade jurídica o acordo realizado entre o emitente e o beneficiário para a apresentação do título em data futura.** Desta forma, o descumprimento do acerto efetuado constitui ato ilícito, podendo determinar a responsabilização civil daquele que não pautou sua conduta às condições livremente convencionadas pelas partes. [...] Negado provimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70041807884, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/04/2011). (RIO GRANDE DO SUL, 2011). (Grifos nossos).

Outro exemplo da tamanha aceitação que possui a questão do pré-datamento do cheque na sociedade e conseqüentemente na via judiciária que, nas cobranças judiciais do título aplica-se o índice de correção monetária a partir da data estabelecida pelo pré-datamento, que é considerada a data de vencimento do título. Vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. [...]. CHEQUES. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.** Em se tratando de ação de cobrança fundada em título com vencimento certo, como no caso em apreço, os juros de mora devem fluir a contar da primeira apresentação do título para pagamento. Precedentes jurisprudenciais. **Correção monetária que deve ocorrer desde a data de vencimento dos títulos, qual seja, aquela em que o cheque fora pós-datado.** APELO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70076842392, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 14/06/2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018). (Grifos nossos).

Dessa forma, tem-se que o pré-datamento do cheque é corroborado pelo Poder Judiciário através de entendimentos jurisprudenciais como o acima colacionado (que se restringe ao estado do Rio Grande do Sul por questão de recorte de pesquisa), mas também através de entendimentos sumulados (a teor da Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça, que será abordada no próximo item), o que comprova sua abrangência e acolhimento.

### 1.3 DIVERGÊNCIAS DECORRENTES DO PRÉ-DATAMENTO

É perceptível que a utilização de cheques requer cuidados e observação quanto às datas, que são requisito dos títulos, além de que as possibilidades de sua utilização são regidas por prazos, conforme já explanado nos itens anteriores. Aliado a essa questão, pontua-se que existem diferentes entendimentos para as situações que envolvem tais títulos, que serão trazidas e discutidas neste tópico.

Inicialmente, importante recapitular que o prazo de apresentação do cheque é contado da data de emissão do título, mas, por convenção social, é possível estipular informalmente um prazo para pagamento/compensação, mediante escrita no título (pré-datamento). Considerando-se esta hipótese, há diversos entendimentos quanto à sua aplicação, conforme vejamos.

Por um lado, a legislação prevê que o cheque é ordem de pagamento à vista, contado da data de emissão do título, conforme artigo 32 da Lei 7.357/1985 (BRASIL, 1985). Por outro lado, observado o costume difundido de pré-datamento, em 2009 foi emitida a Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o entendimento de que “caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado” (BRASIL, 2009). Dessa forma, estabeleceu-se um ponto de contradição na legislação vigente, que se demonstra pelos divergentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Se o cheque pré-datado for apresentado para compensação de forma antecipada, há entendimentos que demonstram a aplicação da súmula 370 do STJ sob argumento de que o dano ocorre independentemente de comprovação (*in re ipsa*), e independentemente de ter ou não havido compensação. A exemplo, indica-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUE PÓS-DATADO APRESENTADO ANTECIPADAMENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. Caracteriza dano moral in re ipsa a apresentação antecipada de cheque pré-datado, ainda que tenha sido compensado. Inteligência da Súmula nº 370 do STJ. [...]** (Apelação Cível Nº 70074167776, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 30/08/2017). (RIO GRANDE DO SUL, 2017). (Grifos nossos).

**RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. CHEQUE PRÉ-DATADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 370 DO STJ. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PRÉ-DATADO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE NEGÓCIO SUBJACENTE. EXPRESSA NO CHEQUE A DATA QUE DEVERIA TER SIDO COMPENSADA A CÁRTULA. DEVOLUÇÃO DO CHEQUE QUE POR SI SÓ AMPARA OS DANOS MORAIS. QUANTUM FIXADO EM R\$2.000,00. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO.** (Recurso Cível Nº 71007208747, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 20/10/2017). (RIO GRANDE DO SUL, 2017). (Grifos nossos).

Atente-se que os julgados acima, atuais, afirmam categoricamente que se caracteriza o dano moral simplesmente pela apresentação antecipada do cheque pré-datado – apesar de haver a possível contra argumentação de que, tecnicamente, o cheque possa ser apresentado imediatamente a contar da data de sua emissão, pela

obviedade de já ter sido emitido e de ser ordem de pagamento à vista, o que é justificativa legal (inclusive utilizada pelo Banco Central para estes casos).

É de frisar, contudo, que a interpretação da Súmula 370 do STJ admite prova em contrário quanto à caracterização do dano moral. Nesse sentido, existem interpretações jurisprudenciais que não aplicam a disposição da súmula, como quando comprovado pela parte ré que a apresentação e compensação antecipada não causaram danos morais efetivos à parte autora, e quando o título já tiver circulado e a apresentação/compensação antecipada tiver sido realizada por terceiro de boa-fé. Exemplifica-se pelas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. CHEQUE PRÉ-DATADO. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA. SÚMULA 370 DO STJ. PRESUNÇÃO RELATIVA. DANOS MORAIS INOCORRENTES.** De acordo com a Súmula 370, do STJ "caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado". **Trata-se, porém, de uma presunção relativa, que admite prova em contrário. Hipótese em que o réu logrou demonstrar que o desconto antecipado do cheque não gerou danos morais à correntista.** Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70069337483, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 03/11/2016). (RIO GRANDE DO SUL, 2016). (Grifos nossos).

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CHEQUE PRÉ-DATADO. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANO MORAL. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO APELANTE. Dano moral incorrente. A apresentação antecipada de cheque pré-datado representa ato ilícito praticado pelo tomador, todavia, diversa é a condição daquele para o qual o título foi repassado mediante endosso. As exceções pessoais são inoponíveis ao terceiro de boa-fé, sendo que o cheque posto em circulação readquire a qualidade de ordem de pagamento à vista.** No caso concreto, a condenação ao pagamento de dano moral deve ser eficaz somente em relação ao credor original, devendo ser excluída a responsabilidade da apelante. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70065427544, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 19/10/2016). (RIO GRANDE DO SUL, 2016). (Grifos nossos).

Observe-se pela relativização do entendimento sumulado, apontado pelos julgados acima, se exprime, afinal, que o dano moral caracterizado pela apresentação de cheque pré-datado, que é prática vedada pela legislação, pode ser discutido (embora *in re ipsa* conforme outras decisões, antes abordadas). Ou seja, discute-se o dano moral causado pelo não atendimento a prática que é vedada pela legislação.

Não fosse bastante, há ainda outro ponto de discrepância: se por um lado o pré-datamento dos cheques abre margem para situações que ensejam indenizações por danos morais aos sacadores/emitentes, por outro, a data de pré-datamento do cheque é totalmente desconsiderada para as ações judiciais que visam retomar os valores do título inadimplido, valendo, para isso, a data de emissão, a exemplo dos entendimentos jurisprudenciais abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.** A prescrição da pretensão do credor em promover ação de execução baseada em cheque, ocorre no prazo de 6 (seis) meses a contar do término do prazo de apresentação (30 dias se emitido dentro da praça de pagamento e 60 se emitido fora). Execução proposta com base em diversos cheques, com datas de emissão distintas, onde reconhecida a prescrição de todas as cártulas. **No cheque pré ou pós-datado, para que se tenha o efeito de prorrogar o prazo de apresentação e de prescrição, a data futura para apresentação deve vir aposta no próprio campo destinado à sua data de emissão, por se tratar de título formal.** Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70068351543, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giuliano Viero Juliato, Julgado em 23/03/2017). (RIO GRANDE DO SUL, 2017). (Grifos nossos).

**AGRAVO INTERNO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUE PRÉ-DATADO. PRESCRIÇÃO. O cheque é ordem de pagamento à vista e inserção de reserva de validade para data futura não altera o prazo prescricional,** contado pela conjugação dos arts. 32, 33 e 59 da Lei nº 7.357/85. **Assim, o que importa é a data de emissão do cheque para fins de análise da prescrição da pretensão.** Precedentes. Correta a determinação da juíza de 1º grau de emenda da inicial, tendo em vista que alguns dos cheques se encontram prescritos. **AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.** (Agravo Nº 70048175806, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 25/04/2012). (RIO GRANDE DO SUL, 2012). (Grifos nossos).

Interessante destacar que a jurisprudência exposta corrobora a validação exclusiva da data de emissão para contagem do prazo de prescrição do cheque, apesar do pré-datamento. Quer-se dizer, ao passo que é cauteloso obedecer à data de pré-datamento do cheque para evitar a hipótese de ter-se de arcar com indenização por danos morais, por outro, quando da cobrança judicial do título, tal informação (pré-datamento) é impertinente. Isso faz com que, ainda que indiretamente, a contagem do prazo para ajuizamento das ações judiciais seja reduzida.

## CONCLUSÃO

O presente artigo debruçou-se sobre o cheque e suas diversas formas de utilização, buscando pontuar o concernente à aplicação de datas sobre tais títulos e, conseqüentemente, identificando as divergências, as respectivas justificativas e conseqüências. Tais divergências foram demonstradas entre a legislação e o costume, pendendo entre eles os entendimentos jurisprudenciais.

Apesar de o cheque ser uma ordem de pagamento à vista, sendo a data de emissão um de seus requisitos legais, o costume social estabeleceu a possibilidade de negociar um prazo para apresentação do título para compensação, que configura o pós ou pré-datamento. Tal costume é tão abrangente que culminou na consolidação (por meio de súmula) do entendimento de que a apresentação de cheque pré-datado antes da data combinada enseja dano moral ao emitente. Contudo, o prazo prescricional do cheque e das ações judiciais que viabilizam sua cobrança judicial é contado exclusivamente a partir da data da emissão do título.

A principal conclusão alcançada pelo presente estudo é de que tal diversidade interpretativa tem aspectos bastante negativos. O portador de um cheque pré-datado que fizer a apresentação para compensação de forma antecipada à data combinada pelo pré-datamento tem grandes chances de ser condenado ao pagamento de danos morais em favor do emitente do título. Por outro lado, se fizer a apresentação na data combinada e houver inadimplência, considerando ser o cheque pré-datado, contará da data de emissão do título o prazo para eventual ajuizamento de demanda judicial em busca de retomada do crédito.

Ou seja: o portador de cheque pré-datado é prejudicado pela perda de tempo por duas vezes: uma quando precisa respeitar o pré-datamento sob pena de arcar com indenização ao emitente do título; e outra quando, se inadimplente o emitente, em razão da decorrência de tempo em respeito ao pré-datamento é encurtado o prazo prescricional para a propositura das respectivas demandas judiciais. Paralelamente, o emitente de cheque pré-datado inadimplido é favorecido com o mesmo tempo: posterga o pagamento e, se inadimplente, encurta (ou anula uma parte do) o prazo prescricional do título.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que tal descompasso é causado pela falta de alinhamento entre a legislação e a jurisprudência, que ora abraçam e ora rechaçam o mesmo costume, resultando em aplicações confusas das normas, de maneira que no caso dos processos judiciais, as partes, quaisquer que sejam as decisões, sentem-se ainda “injustiçadas”.

Atente-se que não se trata de uma evolução/aperfeiçoamento de entendimento (o que seria normal e até mesmo adequado), mas sim de uma perspectiva considerada apenas para uma das hipóteses de aplicação. Dessa forma, é imprescindível que haja um alinhamento das normas e, conseqüentemente, dos entendimentos jurisprudenciais, a fim de que valha, de fato, o mesmo para todos, sem distinção.

## REFERÊNCIAS

BACEN – Banco Central do Brasil. **Motivos de Devolução de Cheques**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pom/spb/Estatistica/Port/tabdevol.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BACEN – Banco Central do Brasil. **Quais os Prazos para Pagamento de Cheques?** Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pre/bc\\_atende/port/servicos6.asp#16](http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/servicos6.asp#16)>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL, **Lei 13.105 de 2015** – Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL, **Lei 10.406 de 2002** – Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 7.357 de 1985** – Lei do Cheque. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7357.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7357.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL, **Súmula n.370**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_33\\_capSumula370.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula370.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL, **Agravo Nº 70048175806**. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 25/04/2012. Disponível em: <  
[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+N%C2%BA+70048175806&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70068351543&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+N%C2%BA+70048175806&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70068351543&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 15. Jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70076842392**. Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Pedro Luiz Pozza, julgado em 14/06/2018. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70076842392&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&client=tjrs\\_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=a%C3%A7%C3%A3o+de+cobran%C3%A7a.+cheque&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70076842392&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=a%C3%A7%C3%A3o+de+cobran%C3%A7a.+cheque&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70041807884**. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 27/04/2011. Disponível em: <  
[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70041807884&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70041807884&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70074167776**. Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 30/08/2017. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70074167776&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Recurso+C%C3%ADvel+N%C2%BA+71007208747&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70074167776&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Recurso+C%C3%ADvel+N%C2%BA+71007208747&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70076763929**. Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relatora Marlene Marlei de Souza, julgado em 06/06/2018. Disponível em:  
<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%C3%ADvel+N%C2%BA+71006941405&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=RECURSO+INOMINADO.+OBRIGACIONAL.T%C3%8DTULOS+DE+CR%C3%89DITO.+A%C3%87%C3%83O+DE+LOC](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%C3%ADvel+N%C2%BA+71006941405&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=RECURSO+INOMINADO.+OBRIGACIONAL.T%C3%8DTULOS+DE+CR%C3%89DITO.+A%C3%87%C3%83O+DE+LOC)>

UPLETAMENTO.+CHEQUE.+PRINC%3%8DPIOS+CAMBI%3%81RIOS+DA+AUTONOMIA+E+ABSTRA%3%87%3%83O.+PROVA+DA+CAUSA+JUR%3%8DDICA+SUBJACENTE+DISPENSADA.+T%3%8DTULOS+QUE+BASTAM+COMO+PROVAS.+ALEGA%3%87%3%83O+DE+ASSINATU&site=ementario&as\_epq=&as\_oq=&as\_eq=&as\_q=+#main\_res\_juris>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70069337483**. Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Túlio de Oliveira Martins, julgado em 03/11/2016. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70069337483&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70069337483&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70065427544**. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Alexandre Kreutz, julgado em 19/10/2016. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70065427544&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70069337483&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70065427544&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70069337483&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Cível Nº 70068351543**. Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Giuliano Viero Giulato, julgado em 23/03/2017. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70068351543&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%3%A7%3%A3o+C%3%ADvel+N%3%82%BA+70068351543&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Recurso Cível Nº 71007208747**. Quarta Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relatora Gisele Anne Vieira de Azambuja, julgado em 20/10/2017. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71007208747&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71007208747&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Recurso Cível Nº 71006941405**. Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Fabio Vieira Heerd, julgado em 26/04/2018. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Recurso+C%3%ADvel+N%3%82%BA+71006941405&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>

941405&proxystylesheet=tjrs\_index&client=tjrs\_index&filter=0&getfields=\*&aba=juris&entsp=a\_\_politica-site&wc=200&wc\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\_qj=RECURSO+INOMINADO.+OBRIGACIONAL.T%C3%8DTULOS+DE+CR%C3%89DITO.+A%C3%87%C3%83O+DE+LOCUPLETAMENTO.+CHEQUE.+PRINC%C3%8DPIOS+CAMBI%C3%81RIOS+DA+AUTONOMIA+E+ABSTRA%C3%87%C3%83O.+PROVA+DA+CAUSA+JUR%C3%8DICA+SUBJACENTE+DISPENSADA.+T%C3%8DTULOS+QUE+BASTAM+COMO+PROVAS.+ALEGA%C3%87%C3%83O+DE+ASSINATU&site=ementario&as\_epq=&as\_oq=&as\_eq=&as\_q=+#main\_res\_juris>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, **Recurso Cível Nº 71007249618**. Segunda Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Roberto Behrendorf Gomes da Silva, julgado em 22/11/2017. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+71007249618&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs\\_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=cheque.+cobran%C3%A7a+de+endossantes&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+71007249618&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=cheque.+cobran%C3%A7a+de+endossantes&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito Empresarial Sintetizado**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

ROSA Jr., Luiz Emydgio F. **Títulos de Crédito**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

## A EXPANSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA VIDA DOS CIDADÃOS BRASILEIROS

Joici Antonia Ziegler<sup>1</sup>  
Paula Vanessa Fernandes<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo apresenta algumas considerações acerca do Protagonismo do Poder Judiciário e sua ascensão nas últimas décadas, bem como decisões que podem ser consideradas ativistas. Com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a enfrentar diversas questões que até então não eram de sua alçada e suas decisões implicaram em um Protagonismo do Judiciário, ou seja, um agigantamento por parte deste poder decidindo questões, que, por vezes, ultrapassam os limites de sua esfera. A partir dessa ascensão do Poder Judiciário e seu Protagonismo Judicial será construído o trabalho, tendo como pano de fundo, decisões que repercutiram na sociedade em geral e que podem ser consideradas ativistas pela comunidade jurídica. O tema mostra-se relevante diante da atual conjuntura brasileira onde o Supremo Tribunal Federal age fazendo às vezes de Poder Legislativo. O método utilizado é o dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial – Protagonismo - Poder Judiciário.

### INTRODUÇÃO

A dicotomia entre o espaço da Política e o espaço do Direito faz parte de uma construção histórica que, longe de se apresentar como um fenômeno linear traduz as dinâmicas transformações pelas quais passaram as sociedades de cada época. Com o advento do Estado Democrático de Direito, foi enfatizada a essencialidade dessa divisão, assim, enquanto na Política prepondera a soberania do povo e o princípio

---

<sup>1</sup> Advogada; Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq; Graduada em Filosofia.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI), na linha de pesquisa Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Temas Relevantes de Direito Civil pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). Graduada em direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo, 2010 (IESA). Advogada, OAB/RS 85.105. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas, registrado no CNPQ. E-mail: paulah.adv@gmail.com

majoritário, no Direito, as atenções se voltam à proteção e à promoção dos direitos fundamentais.

Inobstante a constatação dessa linha divisória, do ponto de vista da teoria jurídica se reconhece, atualmente, que as normas não revelam sempre um único sentido que se conecta perfeitamente a uma determinada situação, fazendo com que a interpretação e aplicação do Direito envolvam elementos cognitivos e volitivos. Tais questões são resultados de uma maior complexidade das relações sociais contemporâneas e, consequência, essas fronteiras se tornaram mais difusas (BARROSO, 2015).

Dessa forma, o Estado compreende, invariavelmente, um entrelaçamento de questões, de relações, de comportamentos, de situações e de objetivos que, conjuntamente, acabam englobando aspectos jurídicos e políticos. Não há como estabelecer uma total separação entre um e outro (DALLARI, 2013). Essa imbricação já ocorre no próprio nascimento do Direito, o qual se forma como produto da Política, sendo derivado de um processo legislativo proveniente da vontade da maioria. A Política, por sua vez, também não consegue escapar das amarras do Direito, já que, em defesa do próprio povo que exerce a soberania, o Direito limita, fiscaliza e legitima o poder político (BARROSO, 2015).

Nesse norte, com a transformação da Sociedade, do Direito e da Política, a ocorrência desse entrelaçamento está sendo cada vez mais comum. Isso porque, com a consequente redemocratização, no decorrer do século XX, houve a incorporação da dignidade humana como valor supremo a ser protegido pelo Estado e pela sociedade, e, com vistas a alcançar esse fim, institucionalizou-se um amplo e extenso catálogo de direitos individuais, sociais e coletivos nas Constituições. Em tal cenário, a preocupação desse novo constitucionalismo democrático no século XXI paira sobre o reconhecimento material desses direitos positivados formalmente e como, de fato, dar efetividade a esses direitos.

Com o surgimento de uma série de direitos fundamentais em prol dos cidadãos, a busca pelo Poder Judiciário é cada vez mais frequente. Fato este, que gerou a ascensão deste Poder. No entanto, essa ascensão e agigantamento do Judiciário, gerou também certas preocupações na comunidade jurídica, em virtude de algumas

decisões que extrapolam os limites da esfera do Judiciário e que podem ser consideradas ativistas. A partir dessa abordagem será construído o trabalho.

## 1 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado não foi sempre o mesmo e, na medida das transformações sofridas, modificou-se fundamentalmente o papel exercido pelo Poder Judiciário, trazendo impactos no desempenho dos demais poderes. Em sua trajetória, o Estado, absolutista passou a percorrer os ideais do liberalismo, buscando consagrar direitos individuais e políticos, intervindo o mínimo que fosse possível nas relações sociais e econômicas. Posteriormente, no esforço de suplantar as grandes desigualdades ocasionadas pelo Estado Liberal, se assiste o advento do Estado Social. A partir disso, surge o Estado Democrático de Direito, com o lema de transformar a realidade social e aspirar e realizar toda plêiade de direitos que até então foram relegados pelo Estado (BARROSO, 2015).

Salienta-se que uma das metas traçadas no Estado Social foi à busca da implementação de Políticas Públicas que garantissem a inclusão e proteção dos cidadãos. O Estado Democrático de Direito surge, assim, como aprimoramento do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, com a expectativa de ser o poder transformador do *status quo*, aquele que irá assegurar os instrumentos essenciais para que os direitos fundamentais e sociais não materializados pelo Estado Social sejam alcançados, e, para que isso ocorra se torna necessário a implantação de um sistema de organização política, no qual os atores políticos e sociais devam atuar sob a ordem de um conjunto de postulados que o direcionem a vencer as desigualdades sociais e a realizar a justiça social.

Em resumo, o Estado Democrático de Direito é o que se engaja na proteção dos princípios da democracia, sendo que, dentre os princípios essenciais, está a dignidade humana. Häberle enfatiza que o Estado Constitucional se fundamenta em duas premissas, na soberania popular e na dignidade humana (HÄBERLE, 2015). É em respeito e valorização a tais fundamentos que os demais direitos, à vida, a liberdade, à saúde, a igualdade, devem ser garantidos: “[...] sem o reconhecimento da dignidade presente em todo ser humano, os demais valores ficam em uma referência

que lhes possibilite produzir sentido coerente com a ideia de democracia, conforme caracterizada na presente reflexão.” (GOMES, 2008, 284).

Para que tais objetivos possam ser atingidos, torna-se importante a relação do Estado Democrático de Direito com a lei, pois, como explica Silva, a democracia que o Estado de Direito idealizará de ser “[...] um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo [...]; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão.” (SILVA, 2000, p. 119-120).

É por meio das leis que essa realização social se faz possível, e é por isso que estas têm papel de destaque no Estado Democrático de Direito, uma vez que é proveniente da “[...] atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses” (SILVA, 2001, p. 121). Com esta noção, o Estado não pode mais ficar preso a conceitos limitados ou desconexos da realidade, uma vez que tem como dever gerar transformações diretas na vida da sociedade.

Dessa forma, a natureza democrática é uma das qualidades essenciais do Estado Democrático de Direito, pois é essa característica que se sobrepõe aos elementos que o compõem e ao seu ordenamento jurídico. Na esteira de Azambuja, a democracia consiste em promover o bem público, por meio de uma Constituição que contenha a previsão de direitos fundamentais; que assegure a eleição periódica dos governantes pelo sufrágio universal; que traga a divisão e a limitação dos poderes e a pluralidade de partidos (AZAMBUJA, 2008).

Já Maluf traz a ideia de democracia amparada em dois sentidos, o formal e o substancial. Formal é aquela vinculada à vontade da maioria, o que pressupõe um sistema de organização política, e substancial é a democracia que se fundamenta na garantia dos direitos fundamentais. O referido autor enfatiza, ainda, que o conceito substancial é o que possui maior relevância, já que “[...] a democracia serve ao Estado como um meio para atingir o seu fim, e o fim do Estado só pode ser o mesmo da sociedade civil que o organizou e em função da qual ele existe.” (MALUF, 2013, p.313-314).

Portanto, o Estado Democrático de Direito é regido pelos princípios constitucionais da igualdade, da legalidade, da justiça social, da segurança jurídica, da separação de poderes, da independência dos juízes e entre outros, todos calcados no conjunto de direitos fundamentais garantidores da liberdade individual. Sendo assim, a CF/88, em seu artigo 1º, define o Brasil como Estado de Democrático de Direito, o que significa dizer que tal característica – ser democrático – ultrapassa a forma de organização de Estado e não se resume a apenas um objetivo.

É no contexto, então, da dogmática do Estado Democrático de Direito, que o Poder Judiciário adquire a importante função de salvaguardar materialmente os direitos contemplados constitucionalmente. Nesse novo cenário, a supremacia da lei cede lugar à centralidade da Constituição, isso significa que o Legislativo e a Administração Pública ficam agora condicionados à observância das suas diretrizes, o Judiciário deixa de ser “[...] neutro e distante da problemática social e passa de Instituição de resolução de conflitos somente interindividuais, para assumir também o compromisso constitucional e fundamental de Instituição de resolução de conflitos massificados.” (ALMEIDA, 2001, p.65).

Esse reconhecimento das Constituições como documento formal, material e axiológico começou a ser desenhado após a segunda guerra mundial, com a superação do positivismo jurídico e da lei, quando se iniciou, também, uma expansão contínua da justiça constitucional. As atrocidades da segunda guerra marcaram a história da humanidade, o que provocou o “[...] reconhecimento da estreita ligação que existe entre o respeito da dignidade do ser humano e a paz. Reconheceu-se igualmente que as ordens jurídicas nacionais, sujeitas a mudanças de regime político, não eram suficientes para proteger os direitos dos indivíduos.” (WUCHER, 2000, p. 03).

Assim, na medida em que as Constituições estabeleceram um extenso catálogo de direitos fundamentais que ficariam protegidos contra eventual conduta ofensiva ou omissa do processo político majoritário, foram claras ao estabelecer o Judiciário como guardião, aquele que irá garantir a interpretação, observância, estabilidade e conservação da lei fundamental. Proteção que só foi possível pela expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2015).

A jurisdição constitucional é responsável pela aplicação imediata da Constituição. Para Kelsen, a Constituição apresenta princípios, diretrizes e limites, que orientarão as produções das leis, “[...] proclamando igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc.” (KELSEN, 2003, p. 132). Nessa linha de pensamento, Kelsen defende a expansão das competências da jurisdição constitucional e promove o Poder Judiciário à condição de guardião da Constituição, defendendo que:

A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal Kelsen. (KELSEN, 2003, p. 238).

Observa-se que a jurisdição deve ser interpretada e exercida como instrumento de pacificação social e de exercício da cidadania, estando sempre a serviço da sociedade, do bem comum sendo sua atuação justa e célere. Com isso, o Judiciário não pode se limitar a um papel apenas técnico, principalmente nas condições atuais da realidade. Logo, deve atuar positivamente, servindo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e sendo parceiro da sociedade ao trabalhar em prol de Políticas públicas essenciais, pois o Poder Judiciário, conforme declarado pelo artigo 2º da CF/88, faz parte da tripartição do poder do Estado e tem por função primordial guardar e proteger o texto constitucional, sem perder de vista a consolidação da pacificação social.

E, ainda, de acordo com os artigos 1º e 3º, está conectado aos fundamentos e aos objetivos do Estado Democrático de Direito, por isso goza de garantias no exercício de suas funções, a fim de que possa resguardar com eficácia a democracia, a liberdade e o conjunto de direitos fundamentais, o que lhe confere, também, responsabilidade política. Portanto, com a CF/88, o Poder Judiciário ganhou mais espaço no processo democrático, tendo uma participação mais ativa e uma maior aproximação dos cidadãos, correspondendo ao desejo da sociedade de ter uma justiça mais acessível, rápida e equitativa.

Assim, denota-se que o Poder Judiciário tem a legitimidade e o compromisso constitucional com a transformação positiva da realidade social, por ser Poder Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, mas sempre com o devido cuidado de não ultrapassar as barreiras da separação de poderes.

Quanto ao papel da expansão da jurisdição constitucional, existem duas posições importantes: os que o defendem e os que o criticam. No lado defensor, a jurisdição constitucional é o lugar onde a Constituição se afirma e se sustenta, no qual o Direito é a base da resolução de conflitos, sem espaço para a influência de ideologias ou preferências políticas. Este argumento baseia-se na ideia de que: “[...] A Constituição é um limite externo para a política e não um norte para a sua direção.” (SOUZA NETO, 2012, p. 191). O guardião desse limite é, justamente, o Poder Judiciário, o que o transformaria na tríade da separação de poderes.

Já para os críticos, a expansão da jurisdição constitucional dá abertura para que os juízes, de certo modo, sobrepõem os seus valores pessoais à sociedade nas suas decisões. Assim, o Poder Legislativo seria mais confiável para proteger e executar os valores constitucionais do que os tribunais. Ou seja, “[...] a Constituição é vista menos como um limite externo para a deliberação democrática dos fóruns representativos, a ser imposto a partir de fora, e mais como uma inspiração que deve guiar permanentemente a atividade política.” (SOUZA NETO, 2012, p. 191-192).

Contudo, não se pode ser tão radical nem para um lado, nem para o outro, pois ambos têm colocações positivas e negativas. Significa dizer que, sob a ótica do pluralismo político, a jurisdição constitucional não pode, em primeiro lugar, suceder o legislador nas suas funções típicas, e, em segundo lugar, não deve estabelecer o modo pelo qual o legislador irá legislar.

À luz dessas considerações, para que seja alcançado um equilíbrio, mesmo que talvez sejam considerados caminhos diametralmente opostos, há que se fazer um esforço sempre na direção de se efetivar os direitos fundamentais na sociedade contemporânea sem desprezar as opções Políticas do legislador. O que se pretende evitar é que a jurisdição constitucional se torne um espaço excessivamente dominado por questões Políticas (DUQUE, 2005).

Portanto, a ampliação da atuação do Judiciário apresenta dois lados: “[...] do ângulo positivo, como um Poder com papel na definição da política nacional e, do

ângulo negativo, como um Poder maculado por vícios políticos.” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 241). Segundo Ferreira Filho, a CF/88 alargou a esfera de controle que o Judiciário possuía quanto ao Legislativo e ao Executivo, no que diz respeito ao primeiro, na forma do controle de constitucionalidade; com relação ao segundo, na forma de fiscalização dos atos executivos de governo.

Vale destacar que o Judiciário passou a poder controlar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, impondo a estes o dever de atuar de acordo com os fins constitucionais. A partir disso, foram desenvolvidas técnicas de controle, como a questão do desvio do poder que intenta coibir abusos; o controle de concentrado e difuso de constitucionalidade, que visa questionar a validade de uma norma. Situação que permitiu a expansão do órgão jurisdicional, que não se resume mais a tão somente executar decisões Políticas. Ao se atribuir a órgãos jurisdicionais a função de ser intérprete último da Constituição, modifica-se substancialmente a coordenação entre os poderes.

Assim, devido a fatores como uma maior conscientização da população acerca dos seus direitos, o elevado grau de pluralismo político e social que ela permite o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e as mudanças que ocorreram na cultura jurídica, a qual passou a considerar os princípios constitucionais como normas vinculantes, tem-se que tais fatores refletiram na jurisdição constitucional, fazendo com que essa “[...] ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. Tal fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de judicialização da política.” (SOUZA NETO, p. 125)<sup>1</sup>.

Cabe aqui, de forma sucinta, explicar o que vem a ser esse fenômeno da Judicialização da Política. Judicializar politicamente uma demanda significa levar questões de grande densidade e de impacto para a Política ou para a sociedade, para serem discutidas e decididas pelo Judiciário, ocasionando, assim, uma transferência de poder das instâncias Políticas, ou seja, do Executivo e do Legislativo, para o Judiciário e para os tribunais, os quais atuam substituindo a função que caberia àqueles desenvolver.

---

<sup>1</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de auto contenção judicial. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 2, p. 125.

Nesse passo, pode-se afirmar que a judicialização está conectada ao contexto social, com isso ela não resulta diretamente da vontade do Poder Judiciário, mas de maneira oposta ela deriva “[...] de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implantá-los e deságuam no aumento da litigiosidade [...]” (TASSINARI, 2013, p. 32-33).

Fica claro, então, nesse novo desenho institucional democrático, que os tribunais são espaços compostos por questões interdisciplinares que se enlaçam em ideologias, culturas, crenças, valores pessoais e sociais, e, portanto, sempre haverá uma porta aberta que permita a passagem para a Política. Por tais razões, não se pode mais esperar de um Judiciário, que conquistou um lugar de destaque na sociedade contemporânea, que volte ele a ser apenas a boca que pronuncia a lei, no entanto, também não pode agir de forma que extrapole o seu exercício, usurpando funções primárias e típicas de outros órgãos.

Com isso, é importante destacar que as atividades específicas do Judiciário se encontram no campo do Direito e não da Política. É no interior dessas atividades que ele se estabelece como órgão de transformação da realidade social. Para isso, se atribui a ele o cumprimento de duas precípuas missões. A primeira é praticada por meio do controle de constitucionalidade, buscando proteger os ideais do Estado Democrático. A segunda atuação compreende prestar a atividade jurisdicional quando provocado, nesse viés pressupõe efetivar materialmente os direitos, individuais ou coletivos, lesionados ou ameaçados de lesão. Assim, “[...] é nesse duplo contexto que se deve falar na indeclinável e indelegável especificação funcional do Poder Judiciário brasileiro como um dos Poderes Fundamentais do Estado Democrático de Direito”. (DUQUE, 2013, p. 268). Dessa forma, convém frisar:

[...] não há controvérsia no sentido de que a concretização dos deveres de proteção jurídico-fundamentais é uma tarefa que se dirige, em primeira linha, ao legislador, que tem o dever de legislar com foco na proteção dos bens protegidos constitucionalmente. Contudo, isso não significa que aos demais órgãos estatais e, em particular, aos tribunais, não se reserve uma parcela relacionada a essa tarefa. Nesse sentido, pode-se afirmar que, em “segunda linha”, os deveres de proteção dirigem-se tanto à administração pública, que tem a competência de executar as leis de caráter protetivo, quanto aos tribunais, no momento em que interpretam e aplicam as leis [...]. (DUQUE, 2013, p. 268).

É notório que a CF/88 fortaleceu a autonomia do Poder Judiciário e aumentou sua importância Política ao permitir um maior acesso à justiça e ao reforçar o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública. Justamente por ser parte da divisão funcional do Estado, o juiz está tão vinculado à ordem jurídica constitucional quanto o administrador público, de modo a ter sempre como objetivo a realização do que está previsto na Constituição e a efetivação de direitos e garantias fundamentais, para que não se tornem meros enunciados. Para isso, é preciso que o princípio da separação de poderes esteja assegurado, a fim de garantir a autonomia de cada poder.

Assim, constata-se que um Poder Judiciário independente “[...] é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos.” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 248). Como parte da tríade dos poderes do Estado, é preciso que o Judiciário seja ativo diante da sociedade e dos problemas sociais e econômicos que ela apresenta, zelando e trabalhando para um país melhor.

O Juiz de um Estado Democrático de Direito tem por dever realizar uma jurisdição mais justa possível, sempre em consonância com a CF/88 e com os princípios que regem a sociedade da qual faz parte, pois há uma demanda muito grande por parte da sociedade que reivindica um Judiciário preocupado em exercer uma justiça efetiva e eficaz, sobretudo, quando verificado a omissão e a negligência do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Daí se depreende que o órgão jurisdicional está legitimado a agir “[...] na hipótese daquele restar omissos, ineficaz, agir em desacordo com a constituição ou frente à colisão de bens protegidos jurídico-constitucionalmente, vale dizer, em situações excepcionais [...]” (DUQUE, 2013, p. 369).

Segundo Barroso, a função do Poder Judiciário e, particularmente, dos tribunais superiores, é proteger o Estado Democrático de Direito, assegurar a estabilidade institucional e promover os princípios constitucionais, buscando reforçar a legitimidade democrática quando os demais poderes forem incapazes de assegurar os direitos fundamentais. (BARROSO, 2015). Ou seja, o que faz um verdadeiro Estado Democrático de Direito é um Poder Judiciário independente, forte e ativo na proteção

das garantias, dos direitos fundamentais e dos valores sociais e políticos, sem prejuízo à autonomia e ao espaço dos outros dois poderes, mas preparado para solucionar problemas entre estes e a sociedade, de forma sensível e imparcial, numa real colaboração entre eles.

Este novo quadro institucional desenhado pelo Estado Democrático foi essencial para a expansão institucional do Poder Judiciário, situação e circunstância que o provocou a saída do papel de mero coadjuvante da história jurídica e Política para protagonista das questões contemporâneas. A ocorrência dessa transformação paradigmática foi responsável, também, por um novo desdobramento do papel do Poder Judiciário na atual sociedade, o qual será abordado no tópico a seguir.

## **2 CONTEXTUALIZANDO O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**

No Brasil, a questão da atuação do Poder Judiciário tem sido objeto de um recente, mas profundo debate. O contexto desenhado pela CF/88 tornou o terreno fértil para a atuação da jurisdição constitucional, em tese, isso se debita a fatores como o recrudescimento dos direitos fundamentais, a previsão expressa do direito de acesso à justiça, a previsão de instrumentos como, por exemplo, o mandado de injunção e o controle de constitucionalidade, o surgimento dessa nova face.

Em resumo, vincularam-se os direitos fundamentais ao instrumento de controle de constitucionalidade, premissa que pode ser explicada na elaboração do seguinte quadro: o constituinte não poderia colocar em risco os direitos fundamentais, a rigidez constitucional, se legítima, como medida de segurança em face dos ânimos do legislador, garantindo, dessa forma, a estabilidade e a justiça da própria democracia, assim, tais direitos ficam blindados ao capricho da maioria. Por fim, o controle jurisdicional de constitucionalidade seria o instrumento que colocaria em prática essa aspiração.

Sendo assim, essa plêiade de transformações ocorridas no constitucionalismo contemporâneo impactou duplamente o sistema jurídico, já que ao mesmo tempo em que foi lançado a uma posição de protagonista na Política nacional, também acabou soterrado sobre uma avalanche de processos. Essa intensificação Política das atividades do Judiciário, proveniente da judicialização da Política, corresponde

também a um dos fatores fomentadores do ativismo judicial, situação que se confirma por números, eis que: em 1987, estatisticamente falando, computavam-se no STF 20.122 casos resolvidos em 12 meses. Após 20 anos da promulgação da Constituição, ou seja, em 2007, já se registrava 159.522 casos para o mesmo período de tempo (VERÍSSIMO, 2013).

Aliado a todos esses elementos, tem-se, também, o advento de uma Constituição impregnada de cláusulas abertas e principiológicas, o que tornou viável uma interpretação mais criativa das normas constitucionais, como bem destaca Cappelletti: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 31).

É importante tratar da distinção existente entre o conceito de judicialização da Política e do ativismo judicial, uma vez que a doutrina brasileira por vezes utiliza os referidos fenômenos como se fossem sinônimos, quando na verdade são caminhos que passam lado a lado, quase se confundem por cultivar uma relação tão próxima, mas que se explorados intimamente revelam os arranjos, as formas e as peculiaridades que lhe são próprias e que, semanticamente, lhe dão conotações diferentes. A judicialização é uma circunstância que decorre do novo modelo de Constituição que se incorporou no direito brasileiro, ao passo que o ativismo judicial é um fato, ou seja, uma atitude tendenciosa que consiste em empregar uma interpretação ora expansiva, ora criativa por parte dos juízes ao texto constitucional.

Streck também reconhece essa diferença ao definir que a judicialização é um fenômeno próprio do Estado brasileiro, não sendo possível observar outra realidade diante da ausência de Políticas públicas, da garantia de amplo acesso à Justiça e das características assumidas pela Constituição. Já o ativismo se insere no âmbito dos juízes legisladores, ou seja, ocorre quando os juízes decidem substituir o que o legislador determina e o que impõe o texto constitucional “[...] por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, solipsistas. No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo [...].” (STRECK, 2009, p. 15).

No esforço da elaboração teórica doutrinária acerca da compreensão do que realmente significa a expressão ativismo judicial, surgiram diversas perspectivas de cunho jurídico, político ou filosófico, as quais procuraram desvendar o novo desenho institucional que estava se formando no contexto contemporâneo brasileiro. Se por um lado esse problema polissêmico produziu linhas contraditórias<sup>1</sup> e desconexas, por outro há um consenso que conduz na projeção da atuação político-institucional do Judiciário sobre temas que extrapolam a sua área de jurisdição.

Assim, na difícil tarefa de buscar uma delimitação conceitual, dentre tantas dicotomias existentes, Ramos traz um importante contributo para a compreensão do que seja ativismo judicial. Para o respectivo autor, esse fenômeno se dá por meio da atividade exercida pela jurisdição, que não observa os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico que encarrega, “[...] institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).” (RAMOS, 2010, p 129). Assim, o Judiciário, ao se afastar da essencialidade do sentido emanado pelo texto constitucional, atravessa os limites hermenêuticos impostos pela própria Constituição para o exercício da sua competência jurisdicional.

Em um sentido geral, de acordo com Keenan Kmiec<sup>2</sup> (2004), a partir da exploração de pesquisas e estudos acerca dessa temática, podem ser enumeradas em cinco as principais acepções que giram em torno da definição do termo: a) invalidação judicial de promulgação legislativa de outros poderes<sup>3</sup>; b) processo de

---

<sup>1</sup> Sobre esta questão Valle afirma que, as contradições atinentes ao termo ativismo vêm desde o Direito norte-americano. Ela ilustra sua afirmação usando como exemplo os dicionários *Merriam-Webster's Dictionary of Law* (que explora a expressão a partir de um conceito finalístico: compromisso com a expansão dos direitos individuais) e *Black's Law Dictionary* (aqui se sobressai o comportamento, interessando, a compreensão pessoal assumida pelo magistrado a respeito do texto constitucional). VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p.19.

<sup>2</sup> KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Review*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>3</sup> Na opinião de Kmiec, esta definição condiz com a observação da separação dos poderes. Nesse sentido tal ato ocorre quando o tribunal intervém e declara inconstitucional, ou restringe a aplicação de um ato normativo devidamente promulgado. Ocorre que o simples fato de o tribunal decidir pela invalidação ou pela restrição de uma lei, não quer dizer que ele é ativista, o autor cita como exemplo, o caso de uma lei vir a estabelecer uma religião, se o tribunal invalidar essa lei claramente inconstitucional, ninguém iria sugerir que ele havia se envolvido em ativismo judicial, em outros casos

ignorar ou desrespeitar o precedente<sup>1</sup>; c) leis sendo criadas por juizes nos tribunais<sup>2</sup>; d) incapacidade de utilizar adequadamente os canônes metodológicos de interpretação<sup>3</sup>; e) intenção do julgador em alcançar um resultado pré-determinado por ele mesmo<sup>4</sup>.

Cotejando tudo que foi dito até aqui, pode-se afirmar, teoricamente, que o ativismo consiste em uma atuação do órgão judicial que extrapola os limites pré-definidos- seja no momento de uma interpretação mais extensiva do texto constitucional, para adequá-lo ao caso concreto, seja em face do controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, seja quando julga questões sobre Políticas sociais- de forma tal que suas decisões passam a ter repercussões na esfera dos demais poderes. Nesse sentido, Ramos afirma que “[...] em uma noção preliminar ativismo judicial, reporta-se a uma disfunção no exercício

---

quando a constituição não proíbe claramente/expressamente a intervenção judicial em matérias políticas, dependerá muito da interpretação do órgão julgador do texto constitucional. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>1</sup> Em resumo, esse conceito traz a violação a precedente, vertical ou horizontal. Vertical é quando o tribunal inferior deve seguir as diretrizes alinhadas pelos precedentes formulados pelo tribunal superior, ao passo que, horizontal é a observação pelo próprio tribunal dos precedentes emanados das suas próprias decisões em casos semelhantes. Esta definição é debatida na medida em que *stare decisis* em si pode ser inconstitucional, se o tribunal fizer uma leitura errada da Constituição. Se um precedente vai na direção oposta da Constituição, os tribunais não tem a obrigação de segui-lo, devem antes de tudo respeitar os mandamentos constitucionais. Enfim, os precedentes não são tidos como um elemento de comando inexorável, como intuitivo, podem ser ignorados em alguns casos. O ativismo judicial nessa situação deve ser considerado à luz do fato concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>2</sup> Os órgãos judiciais ao interpretar a Constituição de forma criativa atribuem outro viés, o que se supõe que estariam criando uma nova lei que se adéque ao caso em concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>3</sup> Ativismo para essa corrente significa: a aplicação de forma equivocada dos instrumentos interpretativos postos à disposição para extrair o exato sentido do texto constitucional, os instrumentos seriam o juiz levar em conta a finalidade, o desenvolvimento histórico da lei, a doutrina e etc. “[...] Embora haja alguma linha de base do consenso, estudiosos e juristas não estão de acordo sobre o que constitui a maneira "apropriada" para interpretar a Constituição”. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>4</sup> Nessa espécie de ativismo há intencionalidade, os valores, a vontade do julgador é considerada para prolar determinada sentença. Aqui se sobressai à dificuldade em visualizar e apontar que determinada decisão foi ativista nesse sentido, pois há uma complexidade em detectar os elementos subjetivos utilizados pelo magistrado em determinado caso concreto. KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *Califórnia Law Reviv*, vol. 92, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

da função jurisdicional, em detrimento, notadamente da função legislativa [...]” (RAMOS, 2010, p. 107).

Historicamente, o elo causal do nascimento do ativismo judicial remonta à vida Política e Judicial dos Estados Unidos, país no qual o tema já foi amplamente debatido. A Constituição americana, conhecida pelo seu texto sintético e amparada pela tradição do *common Law*, concedeu um horizonte imenso para que casos ideologicamente emblemáticos e controvertidos fossem impregnados pelo ativismo da Suprema Corte.

O ativismo judicial se relaciona com o modo pelo qual será exercida a atuação judicial, consistindo em atribuir ao texto constitucional uma interpretação criativa e discricionária que vai muito além do que ele realmente quer dizer. Por isso, segundo Duque é essencial compreender o âmbito de proteção de uma norma constitucional:

Todas essas questões apontam para a necessidade de compreensão adequada de um conceito altamente problemático na dogmática constitucional, que é o conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandlung* ou *Verfassungswandel*) que, em última análise, sucede-se pela via da interpretação: a mutação constitucional ocorre quando se modifica o conteúdo de uma norma constitucional, mantendo-se intacto o seu texto literal. Resulta inadmissível, assim, uma interpretação diferente de um preceito constitucional, em inequívoca contradição com o seu texto. Daí se depreende que os limites de uma interpretação constitucional se identificam com aqueles impostos à mutação constitucional, visto que esta só é admitida na via da interpretação, de modo que o problema da modificação constitucional começa exatamente lá, onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam. (Duque, 2012, p. 271).

Nesse íterim, com base nas diversas formas de postura ativista manifestada, alicerçadas nos diferentes elementos de fundamentação utilizados de forma discricionária, citam-se as seguintes diretrizes: aplicação direta da Constituição a situações que não estão previstas legalmente, declaração de inconstitucionalidade utilizando critérios menos rígidos e a determinação de condutas ou omissões ao Poder Público. Dessas três tipos de condutas, é possível constatar que todas elas derivam de “[...] um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido seu sentido e seu alcance.” (BARROSO, 2015, p. 442).

Dessa forma, o Judiciário acaba, por vezes, atuando ora como Legislativo, quando potencializa o alcance de uma norma, designando acepções que não se encaixam com a literalidade da lei, com o intuito de adequá-la a uma situação ainda

não prevista, ora como Executivo, quando impõe ao Estado a implantação de Políticas públicas estabelecidas pela Constituição ou quando determina a criação de uma nova Política pública.

Nesse contexto, a partir da análise de termos numéricos envolvendo as ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs), verifica-se, no período entre 1988-2002, uma realidade de mais de 200 leis federais invalidadas, ao passo que no México, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte, usando instrumentos semelhantes com a Adin, invalidou apenas 21 leis federais. Por sua vez, a Corte americana, ao longo de sua história, julgou inconstitucional aproximadamente 135 leis federais (TAYLOR, 2007). Essa diferença expressiva mostra-se como um fator incisivo à adoção de uma dimensão interpretativa, revelando uma atuação cada vez mais ativista.

Nessa mesma linha de pensamento, salienta-se que o Plenário do STF julgou, em 2014, 181 ações de controle concentrado. De uma comparação com a quantidade julgada em 2013, 51 ações, o número triplicou. Já no que concerne as ADIs, o Supremo decidiu 166 ações, as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) foram 14 e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) foi, tão somente, uma. “Consideradas todas as decisões, inclusive as individuais dos ministros, o STF analisou 376 ações de controle concentrado no ano passado, 335 apenas da categoria das ADIs. Nas 177 ações de inconstitucionalidade com decisão final, 84 foram consideradas procedentes ou procedentes em parte.”<sup>1</sup>

Para exemplificar, citam-se as seguintes decisões julgadas pelo STF: o reconhecimento da aplicabilidade do regime de união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>2</sup>; possibilidade da interrupção da gravidez em caso de anencefalia<sup>3</sup>; validade das pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>4</sup>; proibição do nepotismo nos

<sup>1</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>2</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator ministro Luiz Fux, julgada em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>3</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF54/DF. Relator ministro Marco Aurélio Mello, julgada em 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 Jul. 2016.

<sup>4</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Relator ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

três poderes<sup>1</sup>; direito de greve dos servidores públicos<sup>2</sup>; declaração da constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e pensionistas<sup>3</sup>; declaração da constitucionalidade da Lei n. 8.899/94, que concede passe livre as pessoas com deficiência; o entendimento constitucional à política de cotas étnico-raciais e sociais para acesso ao ensino superior<sup>4</sup>; e, sem mais delongas, por fim, reconheceu a constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantido o direito de inclusão em estabelecimentos de ensino privado, devendo o mesmo realizar as adaptações necessárias sem que o ônus seja repassado nas mensalidades, matrículas e anuidades.<sup>5</sup>

O STF, nos exemplos dados acima, manifestou-se invalidando atos legislativos, definindo Políticas públicas, aplicando de forma inovadora a Constituição, reconhecendo medidas que ainda não estavam abarcadas pelo ordenamento jurídico, proibindo atos sem qualquer previsão expressa em leis. Neste quadro, embora em alguns casos o Judiciário e os tribunais venham atuando com uma maior intensidade, atravessando os limites da sua própria competência, no entendimento de alguns doutrinadores eles desenvolvem um papel importante na concretização dos fins constitucionais.

Dworkin sustenta que o ativismo judicial é “[...] uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.” Segundo o autor, a nocividade do Judiciário ativista ocorre quando o mesmo ignora todos esses fatores para impor aos outros poderes do Estado a sua própria vontade, o “[...] seu próprio ponto de vista

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708/DF. Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016. Salienta-se que essa foi mais uma mudança paradigmática do tribunal, pois em casos anteriores se limitava a comunicar o Congresso para que este tomasse as devidas providências que regulamentasse tal direito.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.105/DF. Relatora ministra Ellen Gracie, julgada em 18/08/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 26/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357/DF. Relator ministro Edson Fachin, julgada em 18/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Dessa forma, diante da omissão do Legislativo e do Executivo em efetivar direitos que não podem mais ficar a mercê da boa vontade dos referidos órgãos políticos, foi atribuído aos juízes e aos tribunais, na sociedade contemporânea, o papel constitucional de romper o silêncio que paira sobre as normas da Constituição, e assim a sociedade tem a possibilidade de ingressar com demandas que objetivam alcançar cada vez mais respostas efetivas e adequadas às questões de cunho social, político e ideológico.

## CONCLUSÃO

É notório que o Poder Judiciário há muito vem se destacando e aumentando sua atuação jurisdicional permitindo uma grande variedade de interpretações. O trabalho abordou a ascensão do Poder Judiciário e seu Protagonismo, bem como trouxe decisões do STF que podem ser consideradas ativistas. Decisões essas que repercutiram sobremaneira na sociedade como um todo.

A partir da abordagem do texto, podemos perceber a preocupação comum dos juristas às críticas atinentes ao espaço de voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que desnatura a função do direito como um sistema normativo e coloca o poder judiciário em uma posição ativista, desenhando os rumos da sociedade, para além das decisões tomadas pelo poder legislativo, o que deve ser observado com o objetivo de evitar excessos e fragilizar a democracia, pois nos parece cristalina a conclusão de que, o terreno é fértil para o ativismo judicial.

Portanto, faz-se mister que causas justificadoras de eventuais práticas de ativismo judicial sejam cuidadosamente analisadas, para que não sejam utilizadas pelo Poder Judiciário como um instrumento nocivo às necessidades dos cidadão sou ao interesse do Estado, o que ocorre quando os juízes ou os tribunais, com a sua livre e arbitrária convicção, ultrapassam as racionalidades Políticas e jurídicas, atuando ao seu bel-prazer, gerando insegurança jurídica e deslegitimando a Política.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 360.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 448.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 31.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

DUQUE, Marcelo Schenk. **A Interpretação Constitucional: uma reflexão a partir do direito constitucional alemão**. In: Hella Isis Gottschefsky (org). *Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao ministro José Neri da Silveira*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2012, p. 271.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 284.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313-314.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial review**. *Califórnia Law Review*, vol. 92, 2004. Disponível em: <  
<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016. Disponível em: <  
<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo; Saraiva 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia:** a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de auto contenção judicial. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 2, p. 125.

STRECK, Lênio Luiz. **OAB in Foco.** Uberlândia, ano 4, n. 20, p.15, ago/set 2009. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil.** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 230-236, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 jul. 2016.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois:** suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV, São Paulo, p. 407-440, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 28 de jul. 2016.

WUCHER, Gabi. **Proteção Internacional.** Minorias: em prol da democracia. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2000, p.3.

**O REFLEXO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E  
EFICIÊNCIA NAS INDICAÇÕES DOS ADMINISTRADORES DAS ESTATAIS:  
CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA LEI 13.303/16**

Lairton Ribeiro de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 determinou expressamente a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, de todos os Poderes das diversas Pessoas Políticas estatais. Este comando, mesmo que considerado preceito fundamental da Administração Pública, em alguns aspectos, tem exigido o labor legislativo para o atingimento da efetividade pretendida, a exemplo da recente promulgação do Estatuto das Estatais, a Lei 13.303/16, que estabeleceu diversas condicionantes para a indicação dos seus Conselheiros e Administradores. Dessa forma, os responsáveis pela condução das entidades do denominado “Estado Empresário”, passam a ser indicados cumprindo-se requisitos que estão em consonância com o conteúdo jurídico, sobretudo, dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, objetos da delimitação temática deste estudo. Problematisa-se, portanto, se a também denominada Lei de Responsabilidade das Estatais, apresenta ou não elementos capazes de assegurar uma atuação mais republicana dos seus dirigentes, em sintonia com os comandos normativos dos princípios constitucionais aludidos. Assim, objetiva-se demonstrar as inovações trazidas, nesta restrita seara, pelo diploma legal sob análise, no contexto da evolução normativa tendente a instrumentalizar a Administração Pública (Indireta) com mecanismos que permitam uma atuação mais eficaz, a fim de que se possa dar maior concretude aos fins últimos da atuação estatal, tendo como pano de fundo o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e a promoção da dignidade humana. Para tanto, a análise parte do estatuído no texto constitucional, na norma infraconstitucional correspondente, ancorada na doutrina constitucionalista e administrativista clássica e contemporânea. A abordagem tem natureza teórica, com fins exploratórios e se desenvolve por meio da pesquisa bibliográfica, cujos dados são tratados qualitativamente, privilegiando-se o método dedutivo. Entende-se necessário este estudo, sobretudo neste momento de crise política, econômica e institucional nacional, para a qual em muito contribuiu o desrespeito aos mencionados princípios,

---

<sup>1</sup> Mestre em Integração Latino-Americana, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). lairtonsma@gmail.com

notadamente pelo uso de Empresas Estatais<sup>1</sup> para fins de locupletamento ilícito por agentes públicos e privados, em flagrante dilapidação do patrimônio público, desvirtuando-se das lúdicas finalidades republicanas estabelecidas para a participação do Estado na economia.

Palavras-chave: Administração Pública Indireta – Princípios Constitucionais – Estatuto das Estatais.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instaurar o modelo de Estado Democrático de Direito, no Brasil, o fez com um enfoque nitidamente social, ao prescrever, como fundamentos republicanos, já em seu artigo inaugural, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Aprofundando tal propósito, estabeleceu o Legislador Constituinte, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, apta a erradicar a pobreza e a marginalização, voltada à redução das desigualdades sociais e regionais, com o fim primordial de promover o bem de todos (BRASIL, 1988).

Para tal desiderato, previu-se a possibilidade de atuação do Estado de forma direta no âmbito privado, por meio de entidades da Administração Indireta, podendo ser constituídas empresas para a prestação de serviço ou para a exploração de atividades econômicas de produção e comercialização de bens em situações constitucionalmente delimitadas, quais sejam os imperativos de segurança nacional e o relevante interesse coletivo.

Contudo, em virtude de resquícios de modelos de administração estatal patrimonialista, as possibilidades de uso indevido dessas empresas para fins de interesses personalistas, de enriquecimento ilícito de pessoas e, até mesmo de obtenção ilegal de recursos financeiros para financiamento agremiações políticas

---

<sup>1</sup> Para a compreensão do termo, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Com a expressão empresa estatal ou governamental designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5o, II, 1 73, § 1º). (DI PIETRO, 2014, p. 515).

instaladas no poder, tem se verificado o desvirtuamento nas indicações de pessoas para a direção dessas Estatais que, na prática, são alçadas aos cargos para aparelhar estruturas corruptivas no seio estatal, tal como se tem observado no contexto da famigerada “operação lava-jato”, conduzida pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, reveladora de escândalos de corrupção de inimagináveis proporções.

Diante deste cenário, resta ao Direito, por meio da edição de normas jurídicas, contrapor-se a esta lógica corruptiva, criando mecanismos para se tentar mitigar o mau uso das estruturas estatais e a dilapidação do patrimônio e dos recursos públicos, tão necessários à materialização dos objetivos fundamentais de um Estado Social Democrático de Direito. Assim, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 estabeleceu diversos mecanismos para atender ao conteúdo jurídico dos princípios constitucionais informadores da Administração Pública brasileira, expressos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, tema desta abordagem.

Problematiza-se, portanto, se os requisitos e vedações para a indicação dos dirigentes das Empresas Estatais, insertos na também denominada Lei de Responsabilidade das Estatais, constituem elementos capazes de assegurar uma atuação mais republicana dos seus dirigentes, em sintonia com os comandos normativos dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência.

Para tanto, propõe-se uma abordagem de natureza teórica, com fins exploratórios, por meio da pesquisa bibliográfica, fundada na Constituição Federal, nas normas infraconstitucionais pertinentes, na doutrina constitucionalista e administrativista pátria, sem prejuízo do cotejo de alguns pontos com a jurisprudência da Suprema Corte, cujos dados serão qualitativamente tratados, privilegiando-se o método dedutivo.

Com forma de alcançar o objetivo proposto, entende-se pertinente estruturar o estudo em duas seções: a primeira, destinada a delinear os fundamentos constitucionais permissivos da atuação do Estado na economia, o aludido “Estado Empresário”; e a segunda, destinada a analisar o dispositivo da mencionada norma que estabeleceu requisitos e vedações para a indicação dos dirigentes das Estatais, em cotejo com os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, que lhes dão supedâneo, tudo num contexto de uma almejada boa Administração Pública.

## 1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO “ESTADO EMPRESÁRIO”

Preambularmente, convém pautar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como fundamentos republicanos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana - posicionando o indivíduo como epicentro do sistema de direitos nela insculpidos - e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Para tal desiderato, elencou como objetivos fundamentais a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, visando a promoção do bem de todos (BRASIL, 1988).

A partir desses preceitos, amoldam-se os contornos de um Estado com viés, prestacional, regulador e notadamente interventivo, capaz de assegurar condições mínimas de dignidade e de fruição de direitos fundamentais pelos indivíduos, representado pelos pressupostos do Estado Social de Direito, conduzido por meio de um regime político Democrático. (JUSTEN FILHO, 2014).

As marcas indelévels do Estado Social, presentes na Carta Republicana de 1988, são assim assinaladas, na lição de Paulo Bonavides:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição de Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo do Direito e ao absolutismo do Poder. (BONAVIDES, 2004, p. 371).

Neste novo modelo, que encontrou um movimento de constitucionalização ao longo do século XX, além da separação dos Poderes, da generalização do princípio da legalidade e da universalidade de jurisdição, também se mostram presentes outras dimensões de valores sociais e democráticos, como a supremacia da constituição, a soberania popular, a máxima do respeito aos direitos fundamentais, tendo-se o cidadão um titular de direitos subjetivos públicos, cuja dignidade constitui o núcleo do sistema jurídico.

Nesse contexto, conforme leciona Marcelo Novelino, a Carta Política brasileira, em sua classificação formal ou estrutural, apresenta-se por ser marcadamente programática, diretiva ou dirigente, pois

[...] se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, de se tornarem uma constituição total. (NOVELINO, 2016, p. 98).

Consoante a esta característica, encontram-se no Texto Constitucional normas organizacionais político-administrativas, com detalhada divisão de competências entre os Entes Políticos Federativos, bem como a previsão geral das suas estruturas, órgãos, entidades, formas de exploração de bens e prestação de serviços públicos.

Para tratar especificamente da Administração Pública, destinou o Legislador Constituinte capítulo próprio, inaugurado pelo dispositivo que estabelece a principiologia elementar, norteadora da atividade administrativa pública, de todos os Poderes, em todas as esferas federativas, tanto pelos órgãos e agentes da Administração direta quanto pelas entidades da Administração indireta, objeto desta análise, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: [...]  
XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. (BRASIL, 1988). (grifou-se)

O inciso XIX, acima transcrito, destina ao Poder Legislativo a competência para, mediante lei, criar entidade da Administração Indireta de regime jurídico de pelo Direito Público<sup>1</sup>, ou autorizar a criação de entidades regidas precipuamente por regime jurídico que mais se assemelha ao de Direito Privado, quais sejam as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, as chamadas “Estatais”, prestadoras

<sup>1</sup> BARROSO, pontuando a distinção entre os regimes de direito privado e de direito público, anota que “De fato, no regime jurídico de direito privado predominam princípios como livre-iniciativa e autonomia da vontade, ao passo que no regime de direito público são conceitos essenciais a soberania estatal e o princípio da legalidade.” (BARROSO, 2013, p. 330).

de serviços públicos ou exploradoras da atividade econômica, por meio das quais o Estado está autorizado a intervir diretamente em setores restritos da economia, para atender finalidades públicas.

A previsão constitucional da finalidade destas entidades restou inculpada no capítulo destinado à disciplinar “Ordem Econômica e Social”, cujos princípios básicos constam expressamente do Texto, cumprindo destacar que:

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; [...]  
III - função social da propriedade;  
IV - livre concorrência; [...]  
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;  
VII - redução das desigualdades regionais e sociais. (BRASIL, 1988).

Contudo, a permissão constitucional para o Estado atuar diretamente no âmbito econômico privado, nos restritos casos de imperativos de segurança nacional e de relevância para o interesse coletivo, restou estabelecida no art. 173 da Carta, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, pelo qual se delinearam os fundamentos constitutivos do denominado Estado Empresário, a saber:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, **a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:**

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;  
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;  
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;  
V - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;  
V - **os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.** [...]

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988).

Nota-se que, apesar de haver previsão constitucional desde 1998, nestes moldes, somente em 30 de junho de 2016 fora promulgada a Lei 13.303, que dispôs sobre o esperado “[...] estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (BRASIL, 2016).

Conforme estabeleceu seu art. 1º, o Estatuto disciplina a atuação estatais brasileiras e suas subsidiárias, bem como as chamadas empresas “dependentes”<sup>1</sup>, atribuindo-lhes um regime jurídico peculiar, com significativo viés de Direito Privado, mas sem elidir algumas nuances do Regime de Direito Público, em virtude de se tratar, mesmo que de forma indireta, de temas afetos à Administração Pública.

Pondera-se que, apesar da relativa demora na edição da referida norma, regulamentadora do §1º, do Art. 173, da CF/88, sua aprovação ganhou contornos de urgência, sobretudo diante dos escândalos de corrupção investigados e descobertos no âmbito da “Operação Lava-jato”<sup>2</sup>, conduzida pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal. Tais desvios de conduta foram perpetrados, especialmente, nos mais elevados níveis de administração das principais empresas estatais brasileiras, causando-lhes prejuízos que, atualmente, ultrapassam a cifra de dezenas de bilhões de reais.

Ressalta-se que à época da promulgação do Estatuto, o Brasil contava com mais 150 Estatais Federais<sup>3</sup>, número resultante dos três principais movimentos históricos distintos de intervenção do Estado na economia: o primeiro, de forte estatização, das décadas de 1960 e 1970, em que os governos militares criaram 47 estatais, sob o mote, dentre outros objetivos, de impedir a concorrência desleal e alavancar o desenvolvimento de áreas consideradas importantes para o país; o segundo, de desestatização, em meados da década de 1990, com o Estado voltando-

---

<sup>1</sup> A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, em seu art. 2º, inciso III, define a empresa estatal dependente, como sendo aquela “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;” (BRASIL, 2000)

<sup>2</sup> Os principais dados sobre esta operação podem ser obtidos em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>.

<sup>3</sup> Para um diagnóstico das Estatais Federais brasileiras, indica-se o “Boletim das Estatais Federais”, editado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

se mais ao papel fiscalizador das atividades consideradas como não essenciais à sua atuação direta; e o terceiro, de retomada na criação de estatais, entre os anos de 2003 e 2014, com a criação de mais de 40 estatais, em diversas áreas de exploração econômica e prestação de serviços públicos.

Não se pode negar que este novo movimento estatizante recebe atualmente contundentes críticas, sobretudo pelo viés personalista e patrimonialista nas escolhas discricionárias para os cargos de administração, que contribuiu para a famigerada “institucionalização” da corrupção e aparelhamento político estatal, condicionantes que contribuem para a redução da eficiência destas empresas, desvirtuando-as dos legítimos fins para os quais o Constituinte as inseriu na Carta Republicana, causando imensos prejuízos para os cofres públicos, e também para acionistas, em detrimento da eficiência no emprego destes recursos para a execução de políticas públicas, sobretudo nas áreas mais fundamentais do Estado.

Diante deste cenário, o Estatuto Jurídico das Estatais, também denominado Lei de Responsabilidade das Estatais, regulamentando o dispositivo constitucional que lhe fundamenta, trouxe importantes inovações, estabelecendo, dentre outros aspectos, novas regras de licitação - mais coerentes com a atividade privada, âmbito no qual estas empresas estão inseridas; mecanismos de controle interno e *compliance*; e, sobretudo, restrições para a indicação de dirigentes, como a exigência de qualificação técnica compatível com o cargo e a vedação de indicação meramente política, dispositivos que vêm ao encontro do conteúdo jurídico dos consolidados princípios constitucionais regentes da Administração Pública, quais sejam a impessoalidade, moralidade e eficiência, objetos desta reflexão.

## **2 LEGALIDADE, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA NA INDICAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS ESTATAIS**

Inicialmente, é forçoso relembrar que, pelo princípio da legalidade, está a Administração pública condicionada a atuar conforme a lei. Esta pode ser considerada uma visão clássica e positivista do princípio da legalidade, ou seja, por ela o Administrador público só pode agir realizando aquilo que a lei expressamente autorizar ou determinar. Com base nesta percepção, consolidou-se na doutrina a

famosa expressão cunhada por Seabra Fagundes, segundo a qual, “[...] administrar é aplicar a lei, de ofício.” (FAGUNDES, 1979, p.4).

Contudo, tendo-se por norte a constitucionalização do Direito Administrativo, *locus* onde se busca a colmatação de toda e qualquer lacuna, eventualmente existente no ordenamento, sobretudo a partir de uma concepção pós-positivista<sup>1</sup> do Direito, entende-se que administrar a coisa pública não consiste mais em, basicamente, aplicar a lei, mas sim aplicar o direito, interpretado de forma sistêmica. Nesse sentido a importante lição, proferida em julgado no Supremo Tribunal Federal, do Ministro Ayres Britto:

[...] Prossigo para anotar que, segundo consignei no julgamento do RMS 24.699, da relatoria do ministro Eros Grau, o lapidar conceito de Miguel Seabra de Fagundes, de que administrar é aplicar a lei de ofício, é de ser visto sob nova perspectiva. Isso porque o art. 37 da Constituição Federal tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o art. 37. É dizer: o administrador deve aplicar a lei e, ainda, **observar todos os princípios de que o Direito se constitui**. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: **administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei**. (BRASIL, 2012). (grifou-se)

Assim, tendo-se por base a força normativa dos princípios constitucionais<sup>2</sup> e, considerando-se o positivado no mencionado art. 37 da Carta Republicana de 1988,

<sup>1</sup> Lênio Luiz Streck afirma que “o pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno.” (STRECK, 2017, p. 211). Prossegue o destacado hermeneuta constitucional brasileiro, afirmando que “em tempos de democracia, **a legislação construída na esfera pública deve receber a aplicação plena do intérprete**. É desejável que, no Estado Democrático de Direito, a legalidade seja cumprida, como bem diz Elias diaz (2009). Portanto, cumprir a lei não quer dizer “positivismo”, necessariamente. Tampouco descumprir a lei quer dizer ‘pós-positivismo’ ou ‘não-positivismo’. Obedecer os limites e as dimensões textuais da legislação democraticamente construída (ou constitucionalmente recepcionada) de maneira alguma pode ser equivalente ao positivismo-clássico-legalista. [...] **Há que se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade constituída a parir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar**.” (STRECK, 2017, p. 220-221) (grifou-se)

<sup>2</sup> Atento à força normativa dos princípios, leciona Marçal Justen Filho que “O princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada. O princípio produz uma delimitação genérica das condutas reputadas como compatíveis com a ordem jurídica. Os princípios consagram valores a serem atingidos.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 136).

como um verdadeiro preceito fundamental concernente ao Regime Jurídico Administrativo<sup>1</sup> pátrio, poder-se-ia questionar, teoricamente, a própria necessidade de expressa previsão das restrições às indicações dos dirigentes das estatais brasileiras, ora trazidas pelo novo diploma legal sob análise.

Pois, se entendido que até então estariam os titulares da competência para indicação de dirigentes das estatais brasileiras, de qualquer Ente Federativo, livres para fazê-lo, sem qualquer observância daqueles preceitos, por suposta “ausência” de impeditivo legal expresso, então poder-se-ia concluir que ou os princípios da administração pública não seriam dotados de força cogente, ou o princípio da legalidade, neste caso, para o administrador público, teria o mesmo conteúdo jurídico do princípio da legalidade para o direito privado, pelo qual pode se fazer tudo o que a lei não veda, circunstância não admitida em nosso sistema.

Contudo, a despeito desta discussão, numa aparente necessidade de, no Brasil, ter-se que legislar o óbvio para se combater a insistente tentativa dos titulares dos poderes públicos, de buscar aparentes ou efetivas lacunas legislativas para, arditosamente, adotar condutas que desviam-se do interesse público, sobreveio a edição da Lei 13.303/16 para, em seu artigo 17, estabelecer os requisitos, condições e vedações concernentes à indicação dos Administradores das Estatais, consonantes com os princípios regentes da Administração Pública.

Atendendo-se ao conteúdo jurídico do princípio constitucional da moralidade pública, o mencionado dispositivo estabeleceu que

Art. 17 Os membros dos Conselhos de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, **serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada [...]**, desde que não estejam enquadrados nas hipóteses de inelegibilidade. (BRASIL, 2012). (grifou-se)

Ressalta-se que tal imperativo, alinhado com a moralidade pública, traduz a ideia de probidade na administração, protegida constitucionalmente pelo estatuído no art. 5º, LXXIII (cabimento de Ação Popular contra ato lesivo à moralidade

---

<sup>1</sup> Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.” (MELLO, 2013, p. 56).

administrativa) e pela previsão das sanções contra atos de improbidade, constantes no § 4º, do art. 37, da Carta de 1988.

O princípio da moralidade é caracterizado por Celso Antônio Bandeira de Mello como aquele pelo qual:

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Viola-los implicara violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2013, p. 122-123).

Não obstante a exigência de moralidade, no objeto de análise consubstanciada na escolha de dirigentes observando-se seus históricos de reputação ilibada, o art. 17 da Lei 13.303/16, também alinhado com outro princípio constitucional regente da administração pública, estabeleceu que os dirigentes a serem indicados para as estatais deverão possuir “notório conhecimento”.

A noção relativa ao “notório conhecimento” restou expressamente disposta ao terem sido estabelecidos requisitos de tempo mínimo de experiência profissional na área empresarial correspondente a da estatal, aliada à experiência em elevados cargos diretivos de complexidade semelhante àqueles a serem ocupados nas estatais, tanto no setor público quanto na iniciativa privada, sem descuidar-se da exigência de que o indicado possua a necessária formação acadêmica compatível com o cargo a ser ocupado (BRASIL, 2016).

Nota-se a nítida intenção legislativa de atribuir maior eficiência à atuação dos ocupantes de cargos de direção das estatais, estabelecendo-se critérios que normalmente encontrados nos parâmetros de qualificação profissional exigidos para executivos de grandes empreendimentos privados.

Esta intenção, de busca pela eficiência do setor público, em parâmetros semelhantes aos da iniciativa privada, concretiza, no âmbito das Estatais, o conteúdo jurídico do princípio correspondente, inserido na Carta pela Emenda Constitucional nº

19, de 4 de junho de 1998, como mais um importante dever de uma boa Administração Pública<sup>1</sup>, conforme destaca o sempre lembrado Helly Lopes Meirelles nos seguintes termos:

[...] que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. [...] esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao 'dever de boa administração' da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec. - lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100). (MEIRELLES, 2003, p. 103).

Não obstante, além da moralidade e da eficiência, o aludido art. 17 da Lei 13.303/16, cuidou também de dar concretude ao princípio constitucional da impessoalidade no trato da coisa pública, estabelecendo importantes vedações para evitar a indicação de dirigentes das Estatais, movidas pela afinidade política, pessoal ou mesmo por ligações institucionais anteriores, que possam vir em detrimento do interesse público.

Nesse sentido, o §2º do mencionado dispositivo legal, proscrevendo o patrimonialismo, o personalismo, o aparelhamento estatal e o compadrio político partidário, típicos de modelos autoritários de governo, estabeleceu a vedação da indicação, tanto para o Conselho de Administração quanto para a diretoria, de pessoas que incidam nas seguintes situações/circunstâncias:

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

<sup>1</sup> Para a necessária compreensão daquilo que se pretende como uma boa Administração Pública, como um Direito Fundamental, indica-se a obra do Prof. Juarez de Freias, intitulada: Direito Fundamental à Boa Administração Pública (FREITAS, 2014).

- II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
- III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
- IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;
- V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade. (BRASIL, 2016).

Apesar da relutância de alguns setores<sup>1</sup>, pode-se observar que houve um significativo zelo no sentido de se evitar indicações que possam representar qualquer possibilidade de confusão de interesses (privado com o público), bem com impedir práticas pouco republicanas de se buscar alojar aliados políticos que eventualmente tenham insucesso em pleitos eleitorais nas demais pessoas políticas, no seio das Estatais de Ente Federado governado pela mesma força política do indicado.

Esta norma retrata a deferência legislativa ao princípio do interesse público<sup>2</sup>, da moralidade, mas também e, especialmente, a pelo menos um dos sentidos do princípio da impessoalidade que, na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou **beneficiar pessoas determinadas**, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.” (DI PIETRO, 2014, p. 68). (grifou-se)

Em que pese o Estatuto Jurídico, também denominado Lei de Responsabilidade das Estatais, ter trazido em seu bojo outras importantes inovações, igualmente correspondentes a outros princípios, tais como a publicidade, o controle, a governança corporativa, a vantajosidade dos processos licitatórios e também

<sup>1</sup> A Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenaee) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/Cut) ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5624), que está sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, sustentando, entre outros aspectos, que as restrições previstas na lei para investidura em cargos de gestão nas empresas estatais ofendem princípio da igualdade, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2017).

<sup>2</sup> Fernanda Marinela estabelece importante distinção conceitual entre interesse público primário e secundário, afirmando que “considera-se **interesse público primário** o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos. De outro lado, tem-se o **interesse público secundário**, que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito.” (MARINELA, 2016, p. 81).

inovações relativas ao princípio da sustentabilidade ambiental, para esta breve análise, delimitou-se, restritamente, o enfoque acerca dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, representados pelo disposto no art. 17 da referida norma, deixando-se para uma eventual outra abordagem, a análise de demais dispositivos de interesse para aquilo que se tenciona constituir como os preceitos de uma Boa Administração Pública.

## CONCLUSÃO

Muito embora a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, dentre outros princípios constitucionais relativos à Administração Pública, possam ser decorrências lógicas e óbvias de uma forma republicana de governo, a cujos preceitos devem estar obrigados todos aqueles que tratam da coisa pública, é sabido que, no Brasil, o patrimonialismo, que confunde o público com o privado, ainda é muito presente, causando incalculáveis prejuízos aos objetivos constitucionais fundamentais, notadamente àqueles relativos à redução das desigualdades sociais, à promoção dos direitos fundamentais (visando o bem estar social), com reflexo, sobretudo na incapacidade de o Estado promover, de fato, a dignidade humana.

Cabe ao Direito, portanto, por meio da evolução normativa e da coerência interpretativa e sistêmica, contrapor-se às estruturas corruptivas que tentam aquinhoar-se do patrimônio e dos recursos públicos, inclusive nos momentos de crise política, social e institucional.

Neste cenário pode-se concluir que a Lei 13.303/16 – a Lei de Responsabilidade das Estatais – estabeleceu significativos mecanismos para coibir a indicação puramente personalística e partidária para o comando das tão importantes Estatais brasileiras, impondo requisitos como a reputação ilibada, a qualificação técnica e a experiência profissional condizente com a relevância do cargo a serem cumpridos por aqueles que venham a ser indicados para integrar os Conselhos de Administração e os cargos de Direção das Estatais brasileiras.

No mesmo norte, a norma estabeleceu importantes vedações a estas indicações, no intuito de impedir eventual confusão de interesses em virtude de titularidade anterior de cargos em órgãos ou entidades públicas com influência sobre

a área da estatal correspondente, bem como de barrar indicações de pessoas puramente pela afinidade político-partidária ou organizacional com os responsáveis pelas indicações, bem como daqueles que possam ter representado entidades com vínculos ou negócios jurídicos com as mencionadas empresas.

Assim, a presente abordagem buscou, de forma restrita, enfatizar os aspectos normativos, doutrinários e jurisprudenciais que correlacionam dispositivos da nova lei com os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, para demonstrar que o tão “esperado” Estatuto Jurídico das Estatais, pode representar uma evolução no estabelecimento de mecanismos capazes de assegurar uma atuação mais republicana daqueles indicados para a direção dessas empresas, em sintonia com os comandos normativos dos princípios constitucionais aludidos, apta a contribuir para que se possa dar maior concretude aos fins últimos da atuação estatal, tendo como pano de fundo o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e a promoção da dignidade humana

Entende-se que, para o alcance da efetividade de qualquer norma, ou mesmo para o seu eventual aperfeiçoamento, deve ela ser analisada e debatida, sobretudo no ambiente acadêmico, buscando-se prospectar contributos para que, em última análise, se conforme um contexto efetivamente republicano no trato da coisa pública, almejando-se o alcance da eficiência e da eficácia das prestações públicas, potencializando-se a concretude do conteúdo jurídico do Direito Fundamental à Boa Administração Pública.

A tentativa de delinear tal perspectiva e de provocar a discussão da temática se traduziu na principal pretensão desta limitada abordagem, para que se possa avançar rumo à lídima e eficaz realização dos fins estatais, instrumentalizados por mecanismos inerentes a um Direito Administrativo pós-moderno, que atue em prol da coletividade com desempenho semelhante aos das melhores práticas prestacionais da iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Boletim das Empresas Estatais Federais**. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol. 1 (abr. 2017)- . Brasília: MP, 2017. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim\\_das\\_empresas\\_estatais\\_federais.pdf/view](http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim_das_empresas_estatais_federais.pdf/view)>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De10200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm)>. Acesso em: 16 out. 17.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 641334**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ayres de Britto. Julgado em: 30.03.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162105&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 22 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, H. L. et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2016.

STRECK. Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

## ÉTICA E A INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA SOCIAL

Juliane Colpo<sup>1</sup>  
Roseléia Schneider<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo tem o objetivo de problematizar a discussão acerca da Inclusão no Ensino Superior, fundamentadas nos conceitos de justiça social e ética, acredita-se que novas formas de exclusão foram criadas em função das novas demandas ocorridas no Ensino Superior. Assim, justifica-se a necessidade de pensar o binômio inclusão/exclusão. Para tanto, tem-se que a instituição de Ensino Superior é marcada pela diversidade, e, durante anos, um de seus principais objetivos era selecionar aqueles considerados melhores, decidindo quem teria condições de prosseguir nos estudos e quem não possuía capacidade intelectual. A legislação garante o acesso a todos, mas em relação à acessibilidade ainda precisa-se avançar consideravelmente, pois ainda há currículos descontextualizados, alto índice de evasão, principalmente entre as camadas mais pobres. A parcela de deficientes que chegam ao Ensino Superior é muito pequena, mesmo considerando as cotas existentes e isto demonstra que ao longo de suas vidas escolares há uma interrupção, por abandono, evasão, reprovação, ou pela própria condição financeira, mesmo com as políticas assistenciais. A educação é um direito humano e social, e como tal precisa ser garantida a todos sem distinção de cor, sexo, gênero ou condição social.

Palavras-chave: Justiça Social – Educação - Direito Humano e Social - Inclusão/Exclusão.

### INTRODUÇÃO

Nossa sociedade brasileira se constituiu historicamente de maneira multiétnica e acompanhada dessa diversidade étnico-social sempre estiveram presentes os conflitos entre culturas, as posturas discriminatórias e a atuação dos movimentos sociais. Nos últimos anos, observa-se no cenário nacional um amadurecimento em relação a essa temática.

<sup>1</sup> Psicóloga, Especialista em Psicologia nos processos Educacionais, Pós-graduada em Aprendizagens psico-lógicas universitárias, MBA em Gestão Educacional (FACUS), Formação em Psicologia Jurídica- ênfase em Família, Pós-graduanda em Metodologias Ativas, Mestre em Educação nas Ciências e Docente universitária (FEMA).

<sup>2</sup> Doutora em Educação (UPF), docente universitária (IESA) nos cursos de Pedagogia, Ciências Contábeis, Administração e Psicopedagoga do NAD (IESA).

No campo educacional atentou-se para a necessidade de políticas públicas que visassem promover iguais oportunidades de educação, revisão curricular, além da formação docente com um novo olhar, atentos para as diversidades étnico-culturais presentes no cotidiano escolar.

Este artigo discute inicialmente algumas questões pertinentes ao conceito de justiça social e sua relação com a inclusão no Ensino Superior, bem como a importância dada à formação de professores inclusivos. Entende-se o direito a uma educação de qualidade como princípio fundamental na hora de garantir os demais direitos sociais e políticos.

Neste sentido, a legislação vigente representa um avanço, quando estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

## **1 INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR**

A preocupação com o acesso ao Ensino Superior para as pessoas com deficiência é evidenciada pelo MEC – Ministério da Educação e Cultura, de modo a promover a equidade no Ensino Superior. Contudo, isso, não tem sido o suficiente, para garantir uma inclusão de qualidade para esses alunos. Mazzoni, Torres e Andrade, destacam que “[...] o acesso à universidade para as pessoas com surdez compreende duas etapas bem distintas: a primeira corresponde ao concurso de vestibular, e superado essa barreira, a segunda etapa é a permanência na instituição em condições de estudo justo.” (MAZZONI; TORRES; ANDRADE, 2007, p.20).

A garantia dos direitos da pessoa com deficiência na Educação Superior é assegurada por meio de dispositivos legais, que têm alcançado avanços consideráveis no Brasil. Dentre esses dispositivos destacam-se a, a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, Portaria nº 9.488, de 09 de outubro de 2007, a Lei 10.436/02 (2002) que reconhece a Língua Brasileira de Sinais como meio legal de comunicação e expressão, o Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, o Plano Nacional de

Educação em Direitos Humanos (2009) e o Programa de Acesso à Universidade (INCLUIR). Outro programa (PROES) – é uma iniciativa da SEESP, em parceria com a Capes, que visa apoiar e incentivar a pesquisa em educação especial. A meta do programa é o financiamento de projetos voltados para realização de pesquisas, estudos e cursos, em nível *stricto sensu*, destinados à formação de professores da educação infantil, do ensino fundamental, da educação de jovens e adultos, da educação profissional, do ensino médio e da Educação Superior, que atuam na educação especializada dos alunos incluídos nas classes comuns do ensino regular, bem como dos demais profissionais atuantes na constante ação de inclusão escolar.

O PROUNI é um Programa que se destina à concessão de bolsas de estudos integrais e parciais para estudantes de curso de graduação e sequenciais de formação específica. Dessa forma a pessoa com deficiência e outros grupos socialmente desfavorecidos podem requerer bolsa integral ou parcial, a depender da renda da família. O Programa PROUNI está ligado ao FIES, que financia curso superior de estudantes que não tem condições de pagar instituição particular.

Vê-se, portanto, que mesmo com toda essa política, a Universidade se depara com os desafios da formação de um sistema social mais inclusivo, o que se justifica pelo incremento do direito à educação. De acordo com informações contidas no Censo de Ensino Superior 2012 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), foram incluídas as categorias “Autismo Infantil”, “Síndrome de Asperger”, “Síndrome de Rett”, “Transtorno Desintegrativo da Infância” e “Altas habilidades/Superdotação”. Foram alteradas também a nomenclatura das variáveis “Baixa visão” para “visão subnormal ou baixa visão” e “Deficiência intelectual/mental” para deficiência intelectual. Quanto às informações de cursos superiores, no Censo 2012 são criadas novas categorizações na variável “Recursos de Tecnologia Assistiva Disponíveis às Pessoas com Deficiência”. Mesmo com essas mudanças nas nomenclaturas muitas são as dificuldades que estes alunos enfrentam. Por isto, faz-se necessário a promoção de ações que possibilitem a inclusão no ambiente acadêmico em condições de igualdade.

As instituições de Ensino Superior também se deparam com os desafios da formação de um sistema social mais inclusivo, o que se justifica pelo incremento do direito à educação, o desafio atual se pauta na necessidade de viabilizar o acesso e

a permanência dessas pessoas, de formar um profissional e superar as barreiras de qualquer tipo, porque em relação à legislação, o Brasil tem alcançado avanços consideráveis.

De acordo com a referida Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, Portaria nº 9.488, de 09 de outubro de 2007 (BRASIL, 2007a), a Educação Especial se efetiva na Educação Superior por meio de ações que promovam o acesso, a permanência e a participação dos alunos. Estas ações envolvem o planejamento e a organização de recursos e serviços para a promoção da acessibilidade arquitetônica, nas comunicações, nos sistemas de informações, nos materiais didáticos e pedagógicos, que devem ser disponibilizados nos processos seletivos e no desenvolvimento de todas as atividades que envolvam o ensino, a pesquisa e a extensão.

A quantidade de matrículas de pessoas com deficiência na educação superior aumentou 933,6% entre 2000 e 2010. Estudantes com deficiência passaram de 2.173 no começo do período para 20.287 em 2010 – 6.884 na rede pública e 13.403 na particular. O número de instituições de educação superior que atendem alunos com deficiência mais que duplicou no período, ao passar de 1.180 no fim do século passado para 2.378 em 2010. Destas, 1.948 contam com estrutura de acessibilidade para os estudantes. No orçamento de 2013, o governo federal destinou R\$ 11 milhões a universidades federais para adequação de espaços físicos e material didático a estudantes com deficiência, por meio de o Programa INCLUIR. O valor é quase quatro vezes maior em relação ao investimento deste ano, de R\$ 3 milhões. O referido programa tem como objetivo promover ações para eliminar barreiras físicas, pedagógicas e de comunicação, a fim de assegurar o acesso e a permanência de pessoas com deficiência nas instituições públicas de ensino superior. Até 2011, o programa foi executado por meio de chamadas públicas. Desde 2012, os recursos são repassados diretamente às universidades, por meio dos núcleos de acessibilidade. O valor destinado a cada uma é proporcional ao número de alunos.

Entre 2013 e 2014, a previsão do governo é abrir 27 cursos de letras com habilitação em Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) nas universidades federais, uma em cada unidade da Federação. Além disso, o Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES) vai ofertar mais 12 cursos de educação bilíngue (Língua Portuguesa-

Libras) a partir do próximo ano. Para dar suporte de recursos humanos aos novos cursos nas universidades federais, será autorizada a abertura de 229 vagas de professores e 286 de técnicos administrativos. As ações fazem parte do eixo educação do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite, que envolve diversos ministérios para promover a inclusão, autonomia e direitos das pessoas com deficiência.

O Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos com Pessoas com Deficiência em seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, destaca no parágrafo 24 o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades. Os Estados partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida (BRASIL, 2009). No entanto, faz-se necessário esclarecer que um sistema educacional inclusivo é aquele que permite a convivência de todos no cotidiano, na diversidade que constitui os agrupamentos humanos. A inclusão corresponde a um valor constitucional que deve consubstanciar a aceitação da diferença cultural e social e, em paralelo, a unidade da pessoa humana.

A Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 irá estabelecer as diretrizes e bases para a educação nacional, disciplinando a educação escolar e destacando que os princípios e fins da educação nacional é dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando e seu preparo para o exercício da cidadania (BRASIL, 1996).

Nesse sentido, pode-se inferir que a sociedade é quem cria os problemas para as pessoas com deficiências, causando-lhes barreiras para o desempenho dos papéis sociais, pois apresenta: restrições em ambientes; políticas discriminatórias e atitudes preconceituosas com as diferenças e ainda a exigência de pré-requisitos em que apenas uma maioria supostamente homogênea atinge; um total descaso com as deficiências, sobre os direitos das pessoas, além das práticas discriminatórias em muitos setores de atividade humana.

Em se tratando de direito a pessoa com deficiência se destaca, ainda, o Decreto nº 5.296 de 02 de dezembro de 2004 que regulamenta as Leis nº 10.048 de 08 de

novembro de 2000 que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2004).

Destaca-se que o meio social constitui um dos fatores de maior relevância para operacionalização da educação inclusiva, em que a comunidade escolar, especialmente professores, tem papel de fundamental importância na promoção do ensino inclusivo. No entanto, isso não basta, parte-se da ideia de que a universidade, como grande formadora de profissionais e praticante de uma pedagogia que deve contribuir para superar a cultura da exclusão e da discriminação que se apresenta no seu interior, tem o papel fundamental de formar profissionais que devem ter uma racionalidade aberta ao trato com a diversidade, sendo que as práticas de inclusão desenvolvidas em seu interior devem servir de referência no processo de formação desses profissionais.

Considerando o princípio constitucional de que a educação é um direito de todos e, portanto, deverá ser garantido em todos os níveis de ensino, o Estado deve proporcionar a Educação Superior não apenas em favor daqueles que recebem diretamente essa educação, mas também, considerar que o impacto para a sociedade passa pelos serviços prestados pelos profissionais por ela formados, a partir dos conhecimentos que produzem e compartilham.

Para tanto, mesmo com todo o aparato da legislação ainda percebem-se formas de exclusão, hoje mascaradas e com outros discursos, então se justifica a necessidade de pensar a garantia do direito a educação a partir do binômio inclusão/exclusão. Cabe destacar então, que a ideia de inclusão passa por uma escolha de conceitos, de ideais, uma questão que pode ser considerada ética e ideológica.

É comum ainda discutir a inclusão de pessoas com necessidades especiais na escola regular, discutir as cotas destinadas a negros e indígenas. Essas discussões caracterizam diferentes percepções sobre inclusão. E quando a legislação garante acesso a todos, a permanência começa a ser fragilizada, pois novos mecanismos de seleção são criados, os índices de aprovação/reprovação servem como indicadores para verificar quem são os excluídos da vez.

## **2 A JUSTIÇA SOCIAL NO ENSINO SUPERIOR: A ÉTICA PRESENTE NAS RELAÇÕES EDUCACIONAIS**

Os fundamentos históricos do conceito de direitos humanos remetem aos princípios básicos do pensamento da modernidade e concretizou-se no período revolucionário francês com a defesa da liberdade, igualdade e oposição a qualquer tipo de atitude opressiva.

De acordo com o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, a discussão sobre educação como um direito humano e social vem ganhando espaço, principalmente, quando se tem uma educação baseada na exclusão. Durante muito tempo a escola possuía o papel de selecionar os melhores, nesta seleção ficavam fora as mulheres, os negros, os indígenas, os deficientes, aqueles que eram considerados incapazes para suprir as necessidades do mercado de trabalho.

A garantia de acesso, permanência e um ensino de qualidade ainda são direitos a serem conquistados. Os direitos só serão garantidos quando todos forem contemplados, sem distinção de etnia, idade ou gênero. Isto significa que a problemática da igualdade do acesso ao Ensino Superior não pode ser confundida com expressão de uma cultura homogênea, de padrão único. Faz-se necessário a adoção de currículos e metodologias de ensino que levem em consideração a sociodiversidade, ou seja, as diferenças regionais, culturais, de gênero, étnicas, raciais e religiosas, os perfis populacionais etários e os contextos onde as aprendizagens se consolidam.

O mundo gira e, nestas voltas vai mudando, e nestas mutações, ora drásticas ora nem tanto, os docentes vão também se envolvendo e convivendo com o novo, mesmo que não se apercebam disso. Há, contudo, os mais sensíveis, nessas reviravoltas e que dão os primeiros sinais de alarme, diante da emergência do novo. Mantoan discorre que a inclusão, portanto, implica mudanças do atual paradigma educacional emergente, provocando novas perspectivas para pensar a educação (MANTOAN, 2003).

Por isso, educar no contexto da diversidade prescinde estar preparado para conviver com as diferenças. A ilusão “vendida” durante anos nos cursos de

licenciatura não condiz com a realidade do cotidiano escolar porque o professor da atualidade precisa estar preparado para receber esse aluno e respeitar os seus limites. Daí decorre refletir sobre uma posição ética no Ensino Superior.

### **3 A FORMAÇÃO DOCENTE DO ENSINO SUPERIOR PARA A EDUCAÇÃO INCLUSIVA**

São poucos os cursos de formação que preparam professores para atuar na perspectiva inclusiva, e também é pequeno o número de professores que se interessam por esse tipo de formação. Mesmo assim, sabe-se que, independente de seu interesse em ensinar esse aluno. Todo professor deveria estar capacitado para trabalhar com o aluno em situação de inclusão. Sabe-se que as políticas de inclusão propõem que todos esses alunos sejam inseridos em quaisquer espaços sociais. Muitos são os aspectos questionáveis nessas políticas e mesmo assim diante do contexto atual o processo é irreversível.

A formação dos professores prepara para que esse seja questionador, e esse tem por direito questionar, desde que não prejudique o processo de aprendizagem de seu aluno o que levaria a uma descaracterização de sua profissão, mesmo assim o êxito dessa prática requer que ele “[...] crie condições facilitadoras detectando lacunas do sistema, superando carências, enfrentando conflitos, e convivendo com contradições.” (NÓVOA, 1992, p.15).

Nessa nova concepção, surgem grandes debates e dilemas, chamando a atenção das instituições de Ensino Superior para atualizar as suas funções e finalidades, que precisam objetivar e disponibilizar espaços amplos de acessos a todos e principalmente a formação de professores em educação inclusiva.

O tecido da compreensão não se trama apenas com os fios do conhecimento científico. Mantoan (2003) cita Santos (1995), que aponta que a comunidade acadêmica não pode continuar a pensar que só há um único modelo de cientificidade e uma única epistemologia.

Nas palavras de Tardif, a partir dessa reconfiguração do conhecimento, o docente do ensino superior precisa articular a sua prática entre a razão e a condição humana. Exigindo assim uma visão complexa e global, um olhar abrangente que se

volte à realidade, definido assim os novos caminhos do conhecimento e da aprendizagem de seus alunos (TARDIF, 2002).

Partindo dessas considerações, o docente do Ensino Superior poderá autorizar-se a refletir e repensar o ensino obtendo assim uma postura mais ética e reflexiva, reconstruindo uma base mais metódica que cause efeito. Essa postura levará a compreender a outra dimensão da condição humana, compreendendo que é na experiência com seus alunos que irá construir o conhecimento científico proposto pelos currículos universitários, particularizados de acordo com a sua condição socioeconômica, psicológica e física. Acadêmicos que tenham necessidades especiais, com limitações físicas, cognitivas, sensoriais, exigem desse professor um olhar diferenciado e mesmo que esse professor se sinta inseguro para ensinar esse aluno, o que efetivamente importa é a concepção que permeia as suas ações, atitudes. O que importa é a sua posição frente à docência voltada para a Justiça social.

No contexto brasileiro, no nível de senso comum, a inclusão ainda costuma ser confundida com o movimento pela integração. Assim sendo, é inevitável que o movimento de transformação da cultura institucional, essa vista como segundo Mrech, “[...] o conjunto de regras, normas e valores defendidos como missão de/por uma instituição” (MRECH, 2011, p.45), envolva todos os segmentos da equipe institucional na responsabilidade e solução de problemas tais como avaliação, currículo etc.

Sabe-se também que um aluno que tem necessidades especiais não depende apenas dos esforços de seu professor de imediato, mas de todos os participantes da instituição que ele está fazendo parte, inclusive ele próprio, no sentido de sanar estas dificuldades, remetendo aos docentes, à questão da equipe gestora da instituição.

Em se tratando do papel da equipe gestora da instituição destaca-se que muito se tem discutido sobre a criação dos recursos humanos e materiais adaptados às particularidades exigidas frente a questão dos alunos com necessidades especiais, como serviços de monitoria, a presença de interprete em sala, utilizando a Língua de Sinais Brasileira (LIBRAS), livros em braille, computadores adaptados com leitores de tela. Tem-se discutido sobre a reestruturação dos espaços que rompam com barreiras arquitetônicas. Estas reestruturações podem ser determinantes para a permanência dos alunos com necessidades especiais no Ensino Superior.

É reconhecido que estas adaptações dependem da implicação de todos os envolvidos nesse processo, contudo, a ausência de políticas eficientes e de recursos especializados não deve ser encarada como principal entrave para o sucesso da inclusão desses alunos no Ensino Superior.

O mestre ou doutor apesar de sair da pós-graduação com maior domínio em um aspecto de conhecimento e com habilidade de pesquisar precisa se interessar em implementar essa formação pedagógica voltada para educação inclusiva, trazendo uma melhoria de qualidade para seus cursos de graduação. Algumas iniciativas, também são necessárias, como a criação de programas ou um serviço permanente de formação pedagógica para os professores. Por vezes, poderá ser interessante contar com apoio do especialista para melhorar o desempenho de sua função no ato de ensinar.

Conforme Masseto, “[...] o professor do ensino superior deve estar ocupado em ensinar seus alunos a aprender e a tomar iniciativas, ao invés de serem unicamente fontes de conhecimento.” (MASSETO, 2003, p.16).

A exclusão escolar, acadêmica, manifesta-se das mais diferentes e perversas maneiras, quase sempre o que está em jogo é a ignorância do aluno diante dos padrões de cientificidade do saber vigente. O que se pode concluir então, que a educação, a escola se democratizou abrindo-se a novos grupos sociais, mas não aos novos conhecimentos. De acordo com Mantoan,

[...] Exclui, então, os que ignoram o conhecimento que ela valoriza e, assim, entende que a democratização é manifestação de ensino e não cria a possibilidade de diálogo entre diferentes lugares epistemológicos, não se abre a novos conhecimentos que não couberam, até então, dentro dela. (MANTOAN, 2003, p.18).

## CONCLUSÃO

Enfim, esse artigo confirma a necessidade de um estudo maior sobre esse tema: Educação inclusiva no Ensino Superior, que precisa ser aprofundado a luz das referências teóricas e conceitos relacionados com a justiça social. Dessa maneira, apesar das lacunas existentes, a Lei de Diretrizes e Bases fundamentadas na premissa constitucional de igualdade propicia espaços para discussões acerca da

pluralidade étnica e cultural e abre espaço para a construção de novas formas de pensar a inclusão no Ensino Superior.

Para contribuir nesse processo de superação da discriminação e desconstrução de uma sociedade justa, livre e fraterna, o processo há de tratar do campo social, voltados para a formação de novos comportamentos, novos vínculos, em relação àqueles que historicamente foram alvos de injustiças, que se manifestam no cotidiano.

A garantia dos direitos é insuficiente quando se tem ainda pessoas contrárias ao processo de inclusão, quando os currículos não dão conta de atender a uma população diversificada no espaço escolar, insistindo na uniformização dos educandos e negando os seus direitos. Outra maneira de constatar essa racionalidade é a predominância de um modelo educacional onde prevalece um padrão estrutural de base eurocêntrica, essa dificuldade de acolher e conviver com as pluralidades culturais apresentada pelos estabelecimentos de ensino e pelos profissionais envolvidos direta ou indiretamente ao processo escolar acadêmico transforma a instituição de Ensino Superior em uma espécie de “não-lugar” que incapacita os sujeitos de criarem um elo de identificação com o ambiente.

Trata-se, na realidade, de um novo ponto de vista amparado no respeito à diferença, que se concretiza no reconhecimento da paridade de direitos. Tal perspectiva configura uma proposta de “educação para a alteridade”, uma proposta ética voltada aos direitos do outro, à igualdade de dignidade e de oportunidades, uma proposta democrática ampla.

Os excluídos já foram incluídos na escola, agora, precisamos avançar neste processo, não basta dizer que todos têm o direito ao acesso, abrir as portas da escola e esperar que aqueles que por anos não tiveram acesso à educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, simplesmente, passem a se sentir cidadãos de direito, sendo que historicamente foram excluídos de tudo isto. Arroyo infere que estes estavam mantidos do lado de fora (ARROYO, 2010).

Mantoan salienta que os pressupostos éticos em que se baseiam as políticas inclusivas são extremamente conservadores e criam espaços educacionais protegidos, restritos e direcionados a certos indivíduos, caracterizando um contexto segregacionista (MANTOAN, 2004). A luta pela efetiva inclusão tem como foco a

educação plural e transformadora, em um movimento de contestação de fronteiras entre o “normal” e o “diferente” e de compreensão da natureza histórica dessas diferenças que são produzidas e sustentadas por relações de poderes, não podendo ser naturalizadas e simplesmente toleradas.

A tolerância não garante direitos, tolera-se o diferente, aceita-se o diferente, mas o que fazer para que seus direitos sejam efetivamente garantidos. A instituição de ensino superior vem tolerando a diversidade, pois a legislação a obriga a aceitar, mas percebe-se que pouco avançou no sentido de garantir a sua permanência. A taxa de reprovação é um exemplo claro do quanto ainda se tem que evoluir para garantir uma educação de qualidade a todos, sem distinção de etnia, credo, gênero ou condição social.

Mesmo assim, espera-se que cada leitor encontre nesse texto um instrumento que só terá sentido se for calcado na superação racional e por ações verdadeiramente engajadas na promoção da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ARROYO, Miguel G. **Políticas Educacionais e Desigualdades**: à procura de novos significados. Educação & Sociedade, Campinas, v. 31, n. 113, p. 1075-1432, 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. **Política Nacional da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Livro 1/MEC/SEESP. Brasília, DF.2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_82188\\_CONSTITUICAO\\_DA\\_REPUBLICA\\_FEDERATIVA\\_DO\\_BRASIL\\_DE\\_1988.aspx](http://www.lex.com.br/doc_82188_CONSTITUICAO_DA_REPUBLICA_FEDERATIVA_DO_BRASIL_DE_1988.aspx)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Marcos político-legais da educação especial na perspectiva da educação inclusiva**. Brasília: Secretaria da Educação Especial, 2010.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 9.488, de 09 de outubro de 2007. 2007a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Marcos Político-Legais da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: Secretaria da Educação Especial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Parecer nº 977/65.** Aprovado em 3 de dezembro de 1965. Brasília: MEC/CEF, 1965. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.949/2009.** Aprovado em 25 de agosto de 2009. Brasília: MEC/CEF, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.296/2004.** Aprovado em 02 de dezembro de 2004. Brasília: MEC/CEF, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394,** de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 26 maio 2013.

INEP. **Censo da Educação Superior 2011.** Resumo técnico. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013.

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

MASSETO, Marcos Tarcisio. **Competência Pedagógica do Professor Universitário.** São Paulo: Summus, 2003.

MRECH, Leny.; PEREIRA, Marcelo. **Psicanálise, Transmissão e Formação de Professores.** Belo Horizonte, MG: Fino Traço/FAPEMIG, 2011.

NÓVOA, Antonio. (Org). **Vidas de Professores.** Porto: Porto Editora, 1992.

TARDIF, Maurice. **Saberes Docentes e a Formação Profissional.** Petrópolis: Vozes, 2002.

## O QUE É A DEMOCRACIA?

TOURAINE, Alain. **O que é a Democracia?**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Um breve estudo sobre a democracia.

Daiana Dreissig<sup>1</sup>  
Gilson Braz do Amaral<sup>2</sup>

Alain Touraine nasceu na França, em 1925. Sociólogo, economista e professor universitário, Touraine escreveu várias obras literárias, como *Crítica da Modernidade* (1992), *Iguais e Diferentes: podemos viver todos juntos?* (1998) e *Um Novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje* (2005), mantendo o intuito de estudar especialmente as dinâmicas sociais, suas disposições e consequências.

A obra *O que é a democracia?*, ou originalmente “*Qu'est-ce que la démocratie?*”, escrita em 1994 por Alain Touraine e traduzida para a Língua Portuguesa em 1996 por Guilherme João de Freitas Teixeira, é uma obra com perspectivas atuais, construída a partir do debate entre os fundamentos da democracia enquanto instituto político e de direitos e sua evolução histórica recente. Desse modo, proporciona uma reflexão sobre o sentido de democracia como organização política e social.

O fundamento essencial à construção da obra de Touraine trata da necessidade de harmonização entre o indivíduo e o coletivo na organização democrática<sup>3</sup>. Nessa organização, o Estado é elemento fundamental, em que, por ele, garante-se liberdades individuais e também por meio dele se institui uma limitação do poder individual, transcendendo do particular um compromisso social e político em prol do “bem-comum”. O autor, apropriando-se do entendimento de Robert Fraise, salienta que a democracia de fato é um instituto voltado e demandante do sujeito

<sup>1</sup> Bacharela em Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. daianadreissig@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas. Universidade Federal da Fronteira Sul. gilsonbrazamaral@hotmail.com

<sup>3</sup> As primeiras ponderações sobre democracia (do latim: demos = povo, distrito; kratos = domínio, poder) surgiram no século V a.C., em Atenas, e trouxeram a ideia de que o homem era o central objeto de análise, reflexão e motivação para ações humanas enquanto contextualizadas na sociedade (COMPARATO, 2013).

cívico. Ou seja, o indivíduo preocupado com a sociedade, que desenvolve os mecanismos de garantia do bem-estar particular que observe sua incidência sobre o bem-estar da coletividade.

Dessa forma, o regime democrático tem a pretensão de abranger, enquanto garantidor de liberdade, o maior número possível de pessoas, ao tempo de oferecer reconhecimento e proteção à diversidade constituída por elas. A democracia importa consideração aos projetos individuais e coletivos dos indivíduos em si e enquanto grupo social. Significa dizer que busca preservar, também, o direito de identificação do indivíduo quanto a si mesmo, bem como quanto à coletividade.

O próprio entendimento do indivíduo como sujeito<sup>1</sup> tem como pressuposto, ou como condição política de existência, a democracia. Isso ocorre porque é esse sistema sócio-político que reconhece o indivíduo como ator social, ou seja, como personagem ativo dentro da construção social, como detentor de direitos e deveres. É nesse contexto que melhor se caracteriza a democracia positiva, em que o indivíduo possui contato direto com as decisões públicas e, mais do que isso, ele detém consciência da importância de suas atitudes cívicas em prol de si e também da coletividade.

Touraine, citando Norberto Bobbio, pontua como princípios institucionais e basilares da democracia: (1) a caracterização de consenso, de receptividade e aceitação da questão pela maioria concordante com determinada questão; (2) a necessidade de definições normativas, para tomada de decisões referentes à coletividade/sociedade. Para Bobbio, “[...] o Direito é fato e não valor, enquanto a sua validade depende apenas de sua estrutura formal.” (NADER, 2015, p. 227).

O Estado de Direito<sup>2</sup>, que pressupõe de forma geral e simples submissão à legislação, limita o poder dos indivíduos e do Estado. O autor, acompanhando o

---

<sup>1</sup> “Os entes cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e por isso chamam-se *coisas*; os entes racionais, ao contrário, denominam-se *peças*, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos [...]”. (KANT apud COMPARATO, 2013, p. 33).

<sup>2</sup> De acordo com Alexandre de Moraes, o Estado de Direito se caracteriza pela “[...] (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais

entendimento de Bobbio, indica que essa limitação é um princípio institucional da democracia e, dependendo de sua configuração, favorece ou desfavorece a democracia, podendo instituí-la ou destituí-la, se essa for a expressão da soberania popular na escolha por um ou outro.

Como viabilizadora da harmonia social, Touraine avalia que a democracia deve ter o compromisso formal de oportunizar a existência da diversidade, mais do que simplesmente representar a “vontade da maioria”. Em um ambiente democrático, é eminente o risco de se generalizar as decisões a partir de uma “ditadura da maioria”, em que por ser maioria, determinado grupo social acaba conduzindo as decisões sociais que mais lhes convém. Por isso, o ambiente institucional democrático deve possibilitar a expressão das minorias, sendo essa uma perspectiva coletiva requerida a todos os tipos de manifestações. Em outras palavras, para que se chegue à constatação da vontade da maioria, deve-se antes ter sido oportunizada a opinião individual.

A democracia não tem, necessariamente, relação à ideia de revolução, apontando que o Estado deve refletir a busca por transformação social. O conceito de Estado não deve ser confundido com o de sociedade política, nem mesmo com o de sociedade civil. A democracia remete à uma garantia da soberania popular e da liberdade para o debate político. Ou seja, permite e incentiva a discussão sobre a situação e o direcionamento político da sociedade. Por outro lado, é relevante refletir sobre cidadania e civismo nos aspectos contemporâneos, os quais se baseiam inicialmente pelo individualismo e as limitações territoriais, em que o sistema de representatividade política surge como solução.

A representatividade política é um marco quanto às garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, no entanto, ela pode deteriorar o sistema democrático a partir do momento em que a sociedade política se desvincula da sociedade civil. A sociedade política, detentora da representatividade civil, atua como um agente mediador, que intente trazer equilíbrio ao jogo de interesses da sociedade civil e do Estado. Tal mediação de interesses se justifica na diferenciação de objetivos: enquanto o Estado busca priorizar o longo prazo em detrimento do curto, a sociedade

---

incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. (MORAES, 2016, p. 56).

civil reivindica soluções imediatistas e diversificadas conforme interesses de seus múltiplos grupos.

Segundo Touraine, a deterioração democrática no sistema de representatividade política está atrelada à priorização dos benefícios individuais em detrimento do interesse coletivo, característica da *democracia negativa*. Ou seja, na conjuntura moderna, em que os indivíduos fomentam a defesa dos interesses individualistas, acabam deixando de lado sua postura cívica participativa. Isso inclina os representantes políticos a serem desconectados da realidade dos representados ou até mesmo tende a não “produzir” representantes para determinado grupo social.

Para ser um efetivo modelo de gestão social, a democracia reivindica a formação de uma espécie de cultura democrática. Isso, pois está baseada na libertação do indivíduo imerso em um ambiente comum. A democracia fomenta e também solicita a emancipação do indivíduo como como personagem coletivo, para que esse detenha a conscientização de ser social. Tal emancipação remonta ao reconhecimento dos demais indivíduos como suscetíveis às decisões individuais, além da ampliação do poder de reflexão e a capacidade de escolhas levando em conta as relações sociais. Dessa forma surge o cidadão, participativo e cívico, motor da *democracia positiva*.

A formação de uma cultura democrática faz com que exista a coibição da massificação e alienação. Dessa forma, destaca-se a importância do ambiente democrático para o enfrentamento ao despotismo e ao autoritarismo, assim como a perpetuação do consumismo em massa. Os efeitos de um transbordamento da cultura democrática estão relacionados a decisões que vão de encontro a um ambiente global não dissociativo, onde a integração pluralista não prejudique a sustentabilidade das relações sociais e acima disso lhes possibilite espaços para a coexistência.

Cabe atentar que a democracia não é um fim em si. Ao contrário: é um instrumento pelo qual a ação e opinião individual é considerada, assim e em forma coletiva, e que culmina na construção da sociedade e do coletivo. Uma sociedade democrática pressupõe a admissibilidade de diversidade cultural, de diversos pensares, posicionamentos e formas de organização de vida individual, em uma conjugação de liberdade e individualidade do sujeito enquanto autodeterminante. Existem três dimensões inerentes ao entendimento da democracia: respeito aos

direitos fundamentais<sup>1</sup>, a cidadania e a representatividade política. Para ser consolidada e sustentável, a democracia necessita de tais pressupostos na sua dinâmica, e mais do que isso, tê-los como princípios.

A democracia, nesse contexto, é uma condição necessária ao desenvolvimento da sociedade, visto que mais do que a preservação de direitos, refere também “[...] a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstalação permanente do social e do político.” (CHAUÍ *apud* STRECK; MORAIS, 2010, p. 109). Em outras palavras, a democracia reforça (e é reforçada) pelas garantias legislativas de igualdade entre os indivíduos no que concerne à sua relação com o Estado propriamente, mas também reforça a igualdade dos indivíduos entre si próprios.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Os Direitos Fundamentais e a Globalização**. In: LEITE, George Salomão. coord. *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

---

<sup>1</sup> Os direitos fundamentais são direitos humanos (provenientes da natureza humana independentes de legislação) inseridos na legislação, seja ela internacional ou constitucional (SARLET, 2015). Dessa forma, tem-se que “[...] há, na escala evolutiva do Direito Constitucional, legislado ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais que, passando da esfera subjetiva para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.” (BONAVIDES, 2008, p. 129).

TOURAINE, Alain. **O que é a Democracia?**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Alain Touraine**. Disponível em:

<<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/touraine.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2016.