

The background of the cover is a light green color with a faint, repeating pattern of scales of justice and a gavel. The scales are positioned in the upper half, and the gavel is in the lower left. The text is centered on a white rectangular area.

# Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Casca/RS

Marcio Renan Hamel (Org.)



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas  
Contemporâneos  
do Direito 2018**



# Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Casca/RS

**Organizador:**  
Marcio Renan Hamel



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

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

---

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus de Casca/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

223 p.

ISBN - 978-85-5696-544-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	<b>9</b>
Marcio Renan Hamel	
<b>1</b> .....	<b>11</b>
<b>Adoção <i>intuitu personae</i> X Cadastro Nacional de Adoção: a concretização do princípio do melhor interesse da criança</b>	
Graziela Minas Alberti	
<b>2</b> .....	<b>35</b>
<b>A limitação da autonomia da vontade nos contratos de consumo e a proteção dos vulneráveis</b>	
Nadya Regina Gusella Tonial; Júlia Ampese	
<b>3</b> .....	<b>63</b>
<b>A perspectiva da igualdade de gênero no cenário trabalhista</b>	
Paulo Henrique Schneider; Luísa BarbisanMortari	
<b>4</b> .....	<b>85</b>
<b>Aspectos polêmicos da despedida imotivada no ordenamento jurídico brasileiro</b>	
Jeane TaysaAndreolli; Paulo Henrique Schneider	
<b>5</b> .....	<b>111</b>
<b>Concessão do salário-maternidade à segurada especial menor de 16 anos</b>	
Viviane Variani; Edimara Sachet Risso	
<b>6</b> .....	<b>137</b>
<b>Imposto sobre grandes fortunas (IGF)</b>	
Jovana De Cezaro	

7 .....	157
<b>Industrialização por encomenda: análise do conflito de competência tributária entre a União - IPI, Estados - ICMS e os Municípios - ISS</b>	
Tatiana Mezzomo Casteli	
8 .....	177
<b>Os direitos humanos internacionais e a vertente do refúgio</b>	
Taís Regina Zanotto; Nadya Regina GusellaTonial	
9 .....	205
<b>O empoderamento feminino na área rural como instrumento para a efetivação de direitos fundamentais</b>	
Carla Lerin	



# Apresentação

*Marcio Renan Hamel<sup>1</sup>*

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em consideração a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito, além da própria importância do Direito para sociedades extremamente complexas.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém do estado alcançado pelas investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Pensar a pesquisa jurídica a partir de seus objetivos básicos, tais como a produção de novos conhecimentos científicos e a sua divulgação à comunidade acadêmica e profissional é um trabalho que exige comprometimento e ética, sem o que não se alcança a solidificação institucional da pesquisa e a excelência acadêmica. É objetivo deste anuário dar visibilidade às investigações acadêmicas

---

<sup>1</sup> Coordenador de Pesquisa FD – UPF

docentes e discentes, a fim de demonstrar as verificações teóricas e práticas da Ciência do Direito.

Reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desta Faculdade Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente *Anuário 2018* da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo no Curso de Direito do Campus de Casca, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

Por fim, cabe registrar o agradecimento aos autores e autoras que contribuíram para esta primeira edição, os quais não hesitaram em atender ao chamado desta Coordenação de Pesquisa e também da Direção da Faculdade, a fim de que a execução da proposta se realizasse. Com desejo de uma ótima leitura, a todos(as), muito obrigado!

# **Adoção *intuitu personae* X Cadastro Nacional de Adoção: a concretização do princípio do melhor interesse da criança**

*Graziela Minas Alberti<sup>1</sup>*

## **1. Introdução**

O presente artigo trata de aspectos peculiares ao Cadastro Nacional de Adoção *versus* adoção *intuitu personae*, considerando o princípio do melhor interesse do menor. Para tanto, leva-se em consideração o contexto familiar na atual sociedade, a evolução do processo de adoção e as premissas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao considerar-se o grande número de crianças que sofrem por não ter um lar e serem desprovidas de afeto nos dias atuais, é incongruente a dimensão deste problema, o qual vem se agravando muito. Nesse sentido, eis a importância do papel desempenhado pela família na criação de valores ao menor.

Acerca dessa problemática, considera-se o Cadastro Nacional de Adoção e a modalidade de adoção *intuitu personae*, dois distintos métodos inerentes ao processo de adoção que visam atender ao princípio do melhor interesse da criança perante a lei.

---

<sup>1</sup> grazialberti86@gmail.com

Generalidade e abstração caracterizam o princípio do melhor interesse do menor, pois possuem o poder de indicar claramente a obrigatoriedade de observar o melhor interesse da criança perante situações ou fatos correspondentes a esta.

Por conseguinte, tanto o Cadastro Nacional de Adoção quanto a modalidade de adoção *intuitu personae* respaldam um tema de grande importância social, a adoção. Esse processo designa a entrega de um filho à adoção, um processo difícil, mas certamente denota o mais nobre gesto de amor existente. Ao considerar-se as premissas designadas pelo Cadastro, o mesmo não leva em conta o princípio do melhor interesse do menor, tampouco a vontade dos pais biológicos, submetendo a criança a um verdadeiro calvário, já que esse processo é lento e a espera torna ainda mais cruel a realidade desses infantes. Por outro lado, a adoção *intuitu personae* age convenientemente, considerando o melhor interesse do menor ao submeter aos pais biológicos ou ao representante legal, o poder de indicar expressamente quem vem a ser o adotante.

## **2. Adoção no ordenamento jurídico**

A fim de atingir os princípios norteadores do processo de adoção, analisar-se-á o instituto da adoção no ordenamento jurídico, bem como, suas espécies, a fim de confrontar o Cadastro Nacional de Adoção com a adoção *intuitu personae*.

### **2.1 Adoção: noção, espécies e regulamentação**

A adoção é um instituto de longa data e surgiu entre os povos antigos, com o intuito da manutenção da família quando não era possível ter os filhos visando a sucessão hereditária. No entanto, com o passar dos anos a adoção mudou sua função e hoje, exerce seu papel social de proporcionar um lar aos menores que não o possuem, porém, sempre considerando o vínculo afetivo.

O instituto da adoção vem sofrendo inúmeras alterações na legislação brasileira e com essas mudanças, o conceito de adoção também vem sendo modificado. O termo adoção tem origem no latim, do *adoptio*, que em tradução para a língua pátria, ganha o significado de tomar alguém como filho (BORDALLO, 2011, p. 259).

Acerca do tema Gonçalves (2013), define que no Código Civil de 1916, a adoção era tratada como negócio jurídico bilateral e solene, a mesma era realizada por escritura pública, perante o consentimento das duas partes. Para o autor, foi a partir da Constituição de 1988 que a adoção passou a ser considerada por ato complexo e passou a exigir sentença judicial, prevendo-a no art. 47<sup>2</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente (GONÇALVES, 2013, p. 380), bem como no art. 1.119<sup>3</sup> do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei n. 12.010, de 3-8-2009.

O art. 227, § 5º, da Carta Magna, determina que a adoção será acompanhada pelo Poder Público, na forma de lei, sendo que a mesma estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte dos estrangeiros. Assim, o artigo busca mostrar que a matéria foge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando para uma matéria de interesse geral e de ordem pública.

Fachin (1999, p. 63), alude que:

Quanto ao objetivo da adoção, este, no princípio, era a continuidade do culto doméstico. Na vida moderna, ocorrem muitas motivações, predominando a ideia de permitir aos que não têm filhos, particularmente aos casais sem prole, a possibilidade de serem pais. Acresce ainda um interesse público em propiciar à infância desvalida e infeliz a obtenção de um lar.

Ainda, o conceito de adoção é abrangente e direcionado as diretrizes da legislação brasileira. Desta forma, “a adoção é o ato

---

<sup>2</sup> Art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandato do qual não se fornecerá certidão.

<sup>3</sup> Art. 1.119 do Código Civil de 2002: A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”. (PEREIRA, 2010, p. 407).

Logo, a adoção é um “ato jurídico pelo qual se estabelece, independente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta”. (GOMES, 2002, p. 369).

A adoção é um ato irrevogável conforme a disposição legislativa após o trânsito em julgado. Desta forma, não é possível desfazer o ato, conferindo a adoção como uma medida excepcional, conforme exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa medida é excepcional e irrevogável, na qual apenas é recorrido quando há falta de recursos para manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa, conforme determina o artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente da lei n 8.069, de 13 de julho de 1990.

A adoção coloca a condição de filho ao adotado, onde o mesmo possui os mesmos direitos e deveres, incluindo os sucessórios, filhos consanguíneos, de modo a desligá-lo de qualquer vínculo com seus pais e demais parentes de berço, exceto em impedimentos matrimoniais (FIUZA, 2009, p. 991).

Assim, nota-se que “a adoção se compõe de um ato jurídico bilateral de filiação, construído e solidificado através do afeto e da convivência, constituindo uma forma de filiação socioafetiva.” (CARVALHO, 2009, p. 346).

Ainda nesse sentido:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoas que, geralmente, lhe é estranha. (DIAS, 2002, p. 416).

O instituto da adoção possui diversas modalidades entre elas a adoção unilateral.

A adoção pelo cônjuge ou companheiro do filho do outro é denominada de “adoção unilateral”, e ocorrerá sem que o pai ou a mãe natural percam o poder familiar. Isso porque, mesmo que a adoção implique na transferência do poder familiar do pai biológico ao adotivo, não se justifica a perda a perda do poder familiar do ascendente, que não deixará de exercê-lo quando seu filho for adotado por seu cônjuge ou companheiro, pois todos constituirão uma família, na concepção da palavra. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 109).

Esta modalidade de adoção está prevista legalmente no artigo 41<sup>4</sup>, §1º do Estatuto da Criança e Adolescente. Nessa senda, se um dos cônjuges ou companheiro adotar o filho do outro, os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes serão mantidos (RODRIGUES, 2008, p. 342).

Considerando as diretrizes previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se afirmar que “a adoção unilateral, é a modalidade que se efetua por pessoa solteira ou que não tenha companheiro, dessa forma se formará a família monoparental.” (GONÇALVES 2009, p. 35).

Existem três possibilidades para a ocorrência da adoção unilateral, são elas:

(a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente. (DIAS, 2007, p. 432).

---

<sup>4</sup> Art. 41, §1º: Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, matêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

A adoção unilateral trata-se de adoção por um dos cônjuges ou companheiros, quando adota o filho do outro. O cônjuge ou companheiro não perde o poder familiar. Sendo assim, o padrasto ou madrasta, passa a condição de pai ou mãe do filho do seu cônjuge ou companheiro (VENOSA, 2011, p. 296). Destarte nesta modalidade não ocorre, portanto, a perda do poder familiar ou a destituição em relação à família biológica. A legislação brasileira defende a adoção bilateral.

Pode-se notar que neste modelo, todos os vínculos presentes com a família sanguínea são rompidos. Assim, “acerca da adoção bilateral, ela ocorre quando os casados adotam conjuntamente, no entanto é necessário comprovar a estabilidade da família”. (COELHO, 2005, p. 184-185). Nesse sentido, essa adoção ocorre somente através da estabilidade familiar, conferindo ao casal comprovarem tal situação.

Destaca-se ainda que, “na mesma linha para a adoção bilateral é concedida em casos excepcionais, somente quando comprovada a estabilidade familiar, que deve ser avaliada por uma equipe técnica em determinado período, ressaltando cada caso em específico.” (DIGIÁCOMO, 2010, p. 99).

Referente a adoção bilateral ninguém pode ser adotado por duas pessoas, exceto se forem marido e mulher ou se viverem em união estável. Caso alguém seja adotado por duas pessoas, que não sejam marido e mulher, nem conviventes, será levada em conta a primeira adoção, de modo a anular a segunda, evitando assim, uma situação absurda de um indivíduo com dois pais ou duas mães (DINIZ, 2012, p. 564).

Acerca desta modalidade nota-se que:

A estabilidade do vínculo familiar, portanto, independe do tempo de duração da união, porque interessa a qualidade, e não a sua quantidade temporal, pois certamente encontraríamos uniões longevas, contudo, profundamente instáveis e vice-versa, importando, para a construção de laços sadios de filiação, exatamente a segurança e a estabilidade deste lar substituto como



um lar estável, uma relação sólida que realmente atenda aos melhores interesses do adotado, sobretudo quando se trata de adotar menor de idade. (MADALENO, 2011, p. 620).

Dessa forma, para ocorrer a adoção bilateral é necessário que haja estabilidade familiar, um requisito essencial, pois é este que assegura a proteção integral do menor, que já vem de uma situação de vulnerabilidade. A fim de praticar atos de natureza patrimonial, um cônjuge precisa da anuência do outro. Assim, o ato da adoção envolve toda a vida do casal e traz um novo lar a uma pessoa nova, a qual, passa a ser considerada como um filho legítimo ou de sangue, convivendo no seu dia a dia, compartilhando todas as alegrias e todos os sofrimentos com sua família. Porém, exigindo certos sacrifícios por parte dos pais adotivos (CHAVES, 1995, p. 400).

Cabe ressaltar, que a adoção internacional está regulamentada nos artigos 51<sup>5</sup> e 52<sup>6</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção internacional não é definida pela nacionalidade dos adotantes, mas sim pela sua residência ou domicílio fora do país (VENOSA, 2011, p. 295).

Essa modalidade é entendida como uma instituição jurídica de proteção e integração familiar de crianças e adolescentes que estão abandonados ou afastados de sua família de origem. Fica estabelecido, independentemente do fato natural da procriação, a presença de um vínculo de paternidade e filiação entre pessoas radicadas em distintos estados, visto que a adotante possui residência habitual e um país e o adotado possui residência habitual em outro país (COSTA, 1998, p. 58).

---

<sup>5</sup> Art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

<sup>6</sup> Art. 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei.

O processo de adoção internacional pode ser definido quando uma pessoa ou o casal encontra-se domiciliado fora do Brasil, compreendendo uma adoção internacional a residência ou domicílio fora do país e não, em relação a nacionalidade dos adotantes.

A Constituição Federal, em seu art. 227, §5º coloca que a adoção será assistida através do poder público e na forma de lei, de modo a estabelecer casos e condições para a efetivação através de estrangeiros. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentado pela lei n 8.069, de 13 de julho de 1990 em seus art. 51 e 52, referem-se ao instituto expondo certos requisitos para a adoção de criança ou adolescentes brasileiros. Ademais, em seu art. 31 a colocação em família substituta estrangeira, corresponde a uma medida excepcional quando for admissível a modalidade de adoção.

No que tange a adoção internacional percebeu-se que carecia de regulamentação, sendo esta disciplinada e com tantas exigências que dificultam sua obtenção. Isso ocorre pelo fato do laudo de habitação ter validade de no máximo um ano (ECA 52, VII). Onde somente haverá possibilidade de colocação em família substituta brasileira, quando houver consulta de cadastros nacionais (ECA 51, II). Posteriormente, a preferência fica a cerca dos brasileiros residentes no exterior. (ECA 51, §2º). Através disso, os labirintos impostos são difundidos em barreiras intransponíveis, com o intuito de que os desafortunados brasileirinhos tenham a chance de buscar um futuro melhor fora do país (DIAS, 2011, p. 483).

Esta modalidade é uma medida excepcional que, pode ser deferida após consultas a cadastros esgotadas todas as possibilidades de se concretizar a adoção dentro do território nacional, realizar-se-á a adoção internacional.

Entretanto, outra modalidade de adoção presente é a adoção póstuma, esta que “é caracterizada, como a manifestação expressa pelo adotante antes de morrer, já tendo iniciado o processo de adoção.” Sendo assim, é possível afirmar que a criança já possuía vínculos de afinidade e voltaria ao abandono, se o processo fosse extinto. Diante disso, o processo de adoção continuará mesmo com

a morte do autor, assim, a sentença retroagirá a data da morte do adotante para preservar os direitos sucessórios do adotado (BORDALLO, 2011, p. 33).

Para configurar a adoção póstuma, é necessário que tenha se iniciado o processo de adoção e o requerente tenha mostrado, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Na verdade, só não foi concretizado seu desejo em razão de circunstância ou a fato alheio à sua vontade, que é a morte. Além disso, o óbito tem que ter ocorrido no curso do procedimento (RIZZARDO, 2011, p. 530-531).

Nota-se que o deferimento da adoção póstuma está submetido a existência de um procedimento judicial em andamento, ou seja, impondo uma propositura de uma ação de adoção, com morte superveniente do autor adotante. A jurisprudência está mitigando a dureza desta norma legal, alegando que a adoção seja deferida mesmo que, o procedimento em juízo não esteja iniciado, uma vez comprovada a inequívoca manifestação da vontade do adotante e o vínculo afetivo. Esta compreende a melhor medida, pois a vontade de adotar pode ter sido manifestada inequivocamente, anterior ao ajuizamento da ação (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 930).

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) reconhece essa modalidade de ação, pois entende que havia manifestação de vontade em adotar baseada no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme previsto em seu art. 42, onde podem-se adotar os maiores de dezoito ano, independente do estado civil. (LEI N 12.010, DE 2009)<sup>7</sup>. Não obstante, o STJ reconhece o vínculo afetivo estabelecido no decorrer do processo de adoção.

Quanto a adoção póstuma, ela é compreendida pelo direito brasileiro nos termos do art. 42, §6º, do ECA, em caso de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, bem como na constatação de que este manifestou em vida, indiscutivelmente o

---

<sup>7</sup> Redação dada pela lei n 12.010, de 2009 em seu §6º, a adoção pode ser deferida ao adotante quando houver inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento ou antes de prolatada a sentença, incluído na Lei n 12.010 de 2009.

seu desejo de adotar. As adoções post mortem e vigem, quando comprovada a vontade dos cujus em adotar, as regras que comprovam a filiação sócio afetiva referem-se ao tratamento do adotando, de tal modo que, o filho fosse conhecimento público dessa condição.

Em situações anormais, quando demonstrada a vontade de adotar perante a longa relação de afetividade, pode-se deferir a adoção póstuma mesmo que o adotante venha a falecer antes do início do processo de adoção. Caso o tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existentes neste processo, entender a manifestação do propósito de adotar e a preexistência de laço afetivo, envolvendo adotado e adotante, repousará sobre a questão a dificuldade do vedado revolvimento fático e probatório desse processo em sede de recurso especial. Esse recurso especial é conhecido e não provido. Diante disso, nota-se que a adoção compreende um ato de amor, onde ele é instituído através dos vínculos afetivos, uma legítima adoção póstuma.

Acerca desta modalidade nada, absolutamente nada, deve impedir uma mãe de escolher a quem entregar o seu filho, como por exemplo, a patroa, a vizinha, a um casal de amigos, pessoas de caráter que segundo a mãe, seriam os pais ideais para o seu filho (DIAS, 2013, p. 510).

Nesse sentido, “adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para adoção”. (MADALENO, 2011, p. 627). Ainda, nota-se que a “*intuitu personae* é uma modalidade de filiação em que: os pais dão consentimento para a adoção em relação à determinada pessoa certa ou para um casal específico”. (MACIEL, 2010, p. 205)

Entregar o filho para adoção não é uma decisão fácil para a genitora, portanto “dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe”. (DIAS, 2013, p. 510). Todavia, a adoção brasileira é definida como aquela em que uma pessoa, registra ilegalmente o

filho de outra pessoa. Portanto, esse tipo de adoção é considerado ilegal, tendo sua sanção prevista no artigo 242<sup>8</sup> do Código Penal (CP). Portanto, podendo ser revogada imediatamente ao ser descoberta sua ilicitude.

No Brasil o processo de adoção ainda deixa a desejar, há muitas situações que precisam ser revistas para facilitar o andamento desse processo, isto porque, “a adoção à brasileira, como sendo uma falsa afirmação da filiação, na qual um casal registra o menor como sendo seu filho, sem respeitar os trâmites legais da adoção.” (FONSECA, 2011, p. 145).

Assim sendo, no sistema de adoção os interesses do menor devem ser preservados e melhor zelados. Portanto, “o filho e seus pais biológicos ou genéticos possuem o direito de conhecer a identidade, ancestralidade e origem. Esse é um direito que não é dado a ninguém fruir no lugar de outro”. (KUSANO, 2011, p. 26).

O processo de adoção à brasileira não possui nenhuma previsão legal e ao ser descoberta, traz consigo uma insegurança jurídica ao menor, incentivando os demais indivíduos a agirem na obscuridade da lei.

Grande parte dos relatos sobre a adoção, denotam que os pais adotivos buscam a criança ainda na maternidade, onde os amigos do adotante, tais como: enfermeiras, médicos ou assistentes sociais do hospital, dispõem-se a ajudar o adotante nessa tarefa. Da maternidade o adotante vai para o cartório com o intuito de assentar a criança como filho biológico. Em vários casos, a própria pessoa que pega o bebê serve de testemunha de que a criança nasceu em um parto domiciliar. Diante disso, nota-se uma distância da verdade da lei e da Justiça. O crime de adoção à brasileira não prescreve depois de dez anos, só prescreve dez anos após a data em que ele passa a ser conhecido pela autoridade pública (ABREU, 2002, p. 45-46).

---

<sup>8</sup> Art. 242 do CP: Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

Por conseguinte, observaram-se diferentes modalidades de adoção, porém deve ser sempre levado em conta o princípio do melhor interesse das crianças. Ademais estes são apenas alguns dos exemplos de modalidades, oferecendo o ordenamento jurídico outras categorias.

## **2.2 O Cadastro Nacional de Adoção**

O Cadastro Nacional de Adoção foi instituído pela Lei n 12.010/2009 em 29 de abril de 2008, pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito tornar mais ágil e transparente o processo de adoção, uma vez que, mapeia informações de pretendentes a adotar e crianças aptas à adoção, cruzando tais informações, visando o princípio do melhor interesse da criança.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) define o Cadastro Nacional de Adoção como um sistema de informações, o qual é hospedado nos servidores do CNJ, sistema esse, que consolida dados de todas as Varas da Infância e da Juventude para saber quais destes podem ser adotados e pretendentes habilitados à adoção. Portanto, nota-se que o sistema permite a centralização e o cruzamento de informações, a fim de que se possa saber a aproximação entre as crianças que estão em abrigos brasileiros e aquelas que aguardam por uma família, bem como, as pessoas de todos os estados que estão tentando uma adoção. Desta forma, esse sistema reduz a burocracia dos processos, uma vez que, uma pessoa sendo considerada apta à adoção em sua comarca também fica habilitada para adotar em qualquer outro lugar do país.

A existência do cadastro de adotantes leva em consideração o melhor interesse do menor, podendo encerrar inúmeras vantagens ao procedimento legal da adoção, avaliando com antecedência os pretextos adotantes. A adoção consentida e o cadastro nacional de adoção são harmonizados por uma comissão técnica multidisciplinar, reduzindo a possibilidade de tráfico de crianças ou a adoção obscura, de forma a igualar as condições

daqueles de pretendem adotar. O cadastro nacional de adoção considera os diversos interesses acerca da perfilhação. (BRASIL. STJ - AREsp 256238 – RN. Relator: Ministro Marco Buzzi – REsp 1.262.996 RN. Relator: Min. Sidnei Beneti).

Em relação ao cadastro nacional de adoção, em cada comarca, existe um registro de crianças e adolescentes a serem adotadas e outro registro de pessoas interessadas em adotar. Confere a comissão estadual judiciária de adoção manter o registro centralizado de estrangeiros que possuem interesse pela adoção. Por meio desses registros todo o processo deve ser iniciado (FIUZA, 2009, p. 989).

Sobre a finalidade da lista, nota-se que:

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção. Isso porque, se, primeiro fosse necessário esperar a destituição do poder familiar para inserir a criança no rol dos adotáveis e, depois, se partisse em busca de alguém que a quisesse, para só então proceder a habilitação do candidato à adoção, muito tempo se passaria, deixando-se de atender o melhor interesse da criança. (DIAS, 2007, p. 444).

Os cadastros de adoção visam fornecer credibilidade ao instituto, considerando que as adoções não serão deferidas aleatoriamente a qualquer pessoa, não com o objetivo de dificultar e cercar de formalismos o ato para desestimular as adoções, mas com o intuito de proteger a criança adotada (MENEZES, 2008, p. 32).

Assim sendo, o Cadastro Nacional de Adoção foi criado com o intuito de tornar transparente e ágil o processo de adoção, a fim de unificar as informações evitando o tráfico de crianças e permitindo o cruzamento de informações.

### **2.3 Adoção *intuitu personae* x Cadastro Nacional de Adoção: a concretização do princípio do melhor interesse da criança**

Sabe-se que atualmente, o Cadastro Nacional de Adoção possui registrado aproximadamente sete (mil) crianças, enquanto a

quantidade de pretendentes perfaz um número de 39 (trinta e nove) mil pessoas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Embora, exista um Cadastro que regulamente o processo de adoção, e tenha o intuito de tornar mais ágil, percebe-se, que ainda há um longo caminho a ser percorrido no que tange a este instituto.

No entanto, além dos problemas de morosidade no processo de adoção causados por conta da burocracia, o perfil procurado pelos pretendentes ainda se revela um grande entrave, o que auxilia ainda mais nessa falácia. Sendo a adoção uma medida excepcional, este é o último recurso utilizado. Antes disso, o Estado tenta inúmeras tentativas frustradas de manter a criança com sua família biológica, enquanto isso, o menor fica à espera dessa tentativa em abrigos, atualmente conhecidos como Casas de Acolhimento.

Na incompreensível tentativa de manter a criança junto a sua família biológica, é realizada uma leitura equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente, explicitando que família extensa não é decorrente somente de relações de parentesco, mas também da presença de um vínculo de afetividade e convivência da criança com seus parentes, assim tornando ineficaz essa tentativa uma vez que, a família já apresenta problemas de estrutura. Ainda, ao poder judiciário não confere a função de buscar tio e avó, por exemplo, a fim de verificar se eles querem ficar com aquele menor (DIAS, 2017, p. 6).

Diante disso, observa-se os dados estatísticos, embora possam parecer paradoxais, a superioridade do número de adotantes em relação ao número de adotados. Tal fato, é justificado através das características dos adotados não coincidirem com as preferências dos adotantes. Crianças de pele clara, com no máximo 3 anos e filho único são características do perfil desejado pela maioria dos casais brasileiros que pretendem adotar. Entretanto, grande parte dessas crianças é formada de grupos de irmãos inseparáveis, com idade superior a três anos e portadores de alguma necessidade especial (LUZ, 2009, p. 238).



Nesse sentido, muitas mulheres idealizam o filho desde pequeno, indicando algumas características do filho idealizado e geralmente este perfil não corresponde com as crianças que estão aptas para a adoção. As pessoas que querem adotar, deveriam possuir livre acesso às instituições em que as crianças estão abrigadas, pois alguém pode estar buscando uma criança de olhos azuis e recém-nascida, por exemplo, mas ao visitar a instituição, pode ser que esse alguém se apaixone por uma criança maior, com problemas de saúde, ou até mesmo portadora de deficiência física. Pessoas que adotam crianças com algum tipo de dificuldade ou grupos de irmãos é porque realmente estão apaixonadas pelo adotado (DIAS, 2017, p. 6).

Por isso, deve-se evitar que um simples mecanismo de agilizar processos transforme-se em um fim para si mesmo, inibindo e limitando as diretrizes da adoção (DIAS, 2009, p. 3).

Em relação ao Cadastro, o mesmo precisa ser modificado, pois não funciona corretamente, isto é, atrapalha mais do que auxilia. Não há justificativas para que certas crianças permaneçam esperando. O ser humano deve estar direcionado aos interesses da criança, para imediatamente encaminhá-la à adoção. Ademais, ainda há tantas crianças vítimas de maus-tratos pela própria família, vítimas de abuso sexual, que não devem ficar abrigadas (DIAS, 2017, p. 7).

No que tange ao Cadastro Nacional de Adoção não há um preceito que prevaleça, o princípio do melhor interesse da criança, considerando a vontade dos pais biológicos. Por outro lado, na adoção *intuitu personae*, o desejo dos genitores é respeitado.

Diante disso, pode-se perceber que:

Ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança de ser adotada por quem lhe dedica carinho diferenciado, em vez de priorizar os adultos só pelo fato de estarem incluídos no registro de adoção. Não sendo a pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a

adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados. (DIAS, 2009, p. 508).

O magistrado pode, excepcionalmente, deferir a adoção, sem seguir a ordem do cadastro, em outras situações além das elencadas no referido parágrafo, como, por exemplo, nos casos de adoção direta, situações em que a adoção *intuitu personae* for a melhor medida, para proteger os interesses da criança e do adolescente (ISHIDA, 2011, p. 125).

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência [...]. É de tal intransigência a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atender a listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição até porque jamais havia pensado em adotar. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, em que há o desejo de adotar determinado indivíduo. As circunstâncias são variadas. Pessoas buscam adotar infantes que encontram no lixo, ou quando se vinculam afetivamente a crianças abrigadas em instituições onde trabalham ou desenvolvem serviço voluntário. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a mãe escolher a quem entregar o seu filho. (DIAS, 2007, p. 437).

Para tanto, o processo de adoção por apresentar-se burocrático em excesso, pode atrapalhar o andamento correto do mesmo, onde a afetividade nem sempre é devidamente considerada.

Merece referência à decisão que [...] priorizou o vínculo afetivo da criança com o casal de adotantes não cadastrados numa adoção *intuitu personae*, em nome do princípio do melhor interesse da criança, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre criança e o pretendente a adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro. A preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determina criança não é absoluta. (PEREIRA, 2012, p. 423).

Desde a instituição do cadastro de adotantes e adotados pelo ECA, juízes e promotores passaram a transformar esses instrumentos facilitadores em uma ferramenta impeditiva de adoção, desobedecendo as ordens expostas anteriormente. A tendência sempre foi negar a adoção à pretendentes não cadastrados e impedir a adoção consentida, aquela em que a mãe escolhe para quem deseja entregar o filho. Esse cadastro gerou situações aterradoras, já que para obedecer a ordem de inscrição, as crianças são tiradas de seus lares depois de meses ou até anos de convivência com seus pais. Após esse ato, inicia-se o processo de destituição do poder familiar, onde a criança permanece depositada em um abrigo sem saber por quanto tempo ficará até ser entregue aos candidatos habilitados (DIAS, 2012, p. 1-2).

Entre o medo e o dever, deve-se preservar o direito de permanência da criança em seu lar, pois tornar obrigatório o cadastro é um desrespeito ao princípio do melhor interesse e da convivência familiar. Juízes e promotores temem a desobediência da norma constitucional e o desrespeito às regras impostas pela lei, pelo fato de estarem cometendo verdadeiros crimes contra quem merece proteção integral (DIAS, 2012, p. 1-2).

O STJ em 2009 admitiu também a possibilidade da adoção *intuiti personae* em confronto com o Princípio do Melhor Interesse do Menor, e em razão do vínculo afetivo quando provado que não há ilicitude no ato. Em relação ao recurso especial do STJ no ano de 2009 (RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4.)

I- Na observância do cadastro de adotantes, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar não é absoluta, excepcionando tal regramento em razão do princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador do sistema de proteção ao menor, pelo fato de poder haver vínculo afetivo entre a criança e o pretendente a adoção, mesmo que esse não se encontre cadastrado no registro;

II- Incontroverso nos autos que a criança esteve sob a guarda dos recorrentes, de forma interrupta, durante seus primeiros oitos meses de vida e por conta de uma decisão judicial. Referente a ações

que objetivam a adoção de menores, os efeitos de uma decisão judicial podem consolidar uma situação jurídica incontrollável como por exemplo, o estabelecimento de vínculo afetivo;

III- Por causa do convívio diário do menor com o casal, ora recorrente, nos seus primeiros oito meses de vida, induzido pela decisão judicial, ressalta-se em termos psicossocial o estreitamento das relações de maternidade e de paternidade e o vínculo afetivo;

IV- Insubsistente é o fundamento adotado pelo Tribunal de origem, já que a criança com menos de um ano de idade, ao considerar a formalidade do cadastro deveria ser afastada deste casal adotante, uma vez que, não leva em consideração a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante;

V- A argumentação de que a vida pregressa da mãe biológica dependente química com vida desregrada e que já tenha concedido outro filho a adoção, não pode conduzir a conclusão de venda ou tráfico da criança adotada. Além disso, o estabelecimento do vínculo de afetividade do menor com os recorrentes deve ser superior aos fatos que consubstanciam o tráfico de crianças.<sup>9</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2016, em uma apelação cível n 70065514135 também admitiu essa possibilidade de prevalência do interesse do menor quando:

I) verificada a situação de abandono por ambos os genitores desde o nascimento da criança;

II) houver impossibilidade de manter a guarda com a família extensa, a convivência com os guardiões for consolidada há mais de sete anos e quando incidir fortes vínculos afetivos entre o menor e os pretendentes a sua adoção.

Uma sentença confirmada refere-se à situação em que o menor foi entregue aos cuidados dos autores logo após o seu nascimento por iniciativa da mãe biológica. A mãe e o pai não tinham condições de cumprir com os deveres do poder família. A

---

<sup>9</sup> RECURSO ESPECIAL PROVIDO, 2010. REsp 1172067 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

criança que for inserida com uma família guardiã há mais de sete anos, está propensa a desenvolver uma referência parental com os demandantes que possuem condições de manter os cuidados de que ela necessita. Assim, todos os deveres do poder familiar são assumidos, compreendendo a razão pela qual a adoção *intuitu personae* deve ser consolidada.<sup>10</sup>

A vista disso, é necessário que as crianças e os adolescentes tenham seus direitos constitucionais atendidos e conseqüentemente que seja priorizando sempre o princípio do melhor interesse da criança, a fim de inserir o menor no convívio familiar. Uma vez que, o Cadastro Nacional de Adoção não prioriza vínculo afetivo e nem considera a vontade da genitora, apenas busca burocratizar esse processo que já é moroso. Uma vez que ao nascer, a mãe tem o nobre de gesto de possibilitar uma nova chance ao seu filho por meio da *intuitu personae*, dessa forma a criança terá seus cuidados e direitos resguardados, pois quanto mais cedo for inserida em uma nova família, melhor será seu desenvolvimento.

Dessa forma é indubitavelmente afirmar que a adoção direta também conhecida como adoção *intuitu personae*, preserva o interesse do menor e a proteção integral da criança.

### 3. Considerações Finais

No presente artigo estudou-se o Cadastro Nacional de Adoção *versus* adoção *intuitu personae*, a partir de um confronto de ideias e interesses, levando em consideração sempre o princípio do melhor interesse do menor.

No atual contexto social, o qual a família está inserida, configurando a base de formação e socialização do indivíduo, confere a legislação vigente regulamentar o processo de adoção,

---

<sup>10</sup> APELO DESPROVIDO (Apelação Cível N 70065514135, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/02/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018).

assegurando a importância de toda a criança estar inserida em um ambiente familiar.

De acordo com as teorias expostas, criou-se uma comparação acerca do princípio do melhor interesse ao menor, evidenciando um rol elementar em todo o contexto do processo de adoção, observando uma importante evolução histórica dos direitos infanto-juvenil, dada por meio de garantias positivadas e pautadas nos princípios constitucionais. Nesse mesmo contexto, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagrando os menores como sujeitos de direito através de uma política igualitária, um marco excepcional na legislação brasileira.

Considerando a adoção desde os tempos primórdios, esta era essencial para a manutenção da família que não possuía filhos, visando a sucessão hereditária. Hoje, a adoção consiste em uma função social que possibilita um lar a criança, considerando sempre o vínculo afetivo e o princípio do melhor interesse do menor nas mais diferentes modalidades de adoção.

Foi por meio do Cadastro Nacional de Adoção que o processo de adoção se tornou mais ágil e transparente, graças ao mapeamento de informações de pretendentes a adotar, bem como de crianças aptas a adoção, evitando o tráfico das mesmas. Assim, as informações podem ser centralizadas e cruzadas, reduzindo a burocracia dos processos de modo a determinar um sistema de adoção favorável aos interesses da criança.

Ressalta-se o Cadastro Nacional de Adoção como um instrumento de proteção ao melhor interesse da criança, apesar de não considerar o vínculo afetivo e nem a vontade genitora, já que burocratiza esse processo moroso. Diante do nascimento da criança, a mãe é detentora de possibilitar uma nova chance ao seu filho, através do *intuitu personae*, assegurando os cuidados e direitos dessa criança. É evidente que quanto mais cedo o menor for inserido em uma família, melhor será o seu desenvolvimento, tanto nos aspectos físicos quanto no âmbito social.

Em decorrência, evidenciou-se que no Brasil, a maioria das crianças disponíveis para a adoção são pardas, negras ou indígenas. Da mesma forma, a maioria dos inscritos não aceitam adotar irmãos, representando um agravante à lista de espera. Diante disso, nota-se que o atual sistema de adoção brasileiro ainda deixa a desejar e precisa de novas leis e mais atitudes das autoridades superiores em relação a isso.

Contudo, o número de crianças esperando por um lar ainda é muito significativa, pois somente com outras formas de adoção presentes na atual legislação brasileira, tornar-se-ia possível inibir esse processo e conseqüentemente, torna-lo mais eficaz e menos burocrático. Porém, esse problema só poderá ser totalmente sanado a partir da incorporação de outras formas de adoção além do Cadastro Nacional de Adoção, pois a adoção *intuitu personae* assegura a vontade dos pais. Faz-se necessário outras formas de adoção que priorizem exclusivamente o melhor interesse da criança, permitindo seu desenvolvimento social e o seu bem-estar em primeiro lugar.

## Referências

- ABREU, Domingos. *No bico da cegonha: histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Núcleo de Antropologia da Política, 2002.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: direito civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- COÊLHO, Bruna Fernandes. Adoção *intuitu personae* sob a égide da lei nº 12.010/09. *Âmbito Jurídico*. 2005. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9265](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265)> Acesso em: 02 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: 10 maio 2017.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Adoção e o direito constitucional à convivência familiar*, 2012. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_486\)adocao\\_e\\_o\\_direito\\_constitucional\\_a\\_convivencia\\_familiar.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_486)adocao_e_o_direito_constitucional_a_convivencia_familiar.pdf)> Acesso em: 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Crianças invisíveis*. *Revista do IBKFAM Educacional*, 2017.

\_\_\_\_\_. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIGÍACOMO, Murilo José. *Da impossibilidade jurídica da "adoção intuitu personae" no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei n. 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988*. 2010. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;100">. Acesso em: 30 maio 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.



- FONSECA, Antonio Cezar Lima. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- KUSANO, Suely Mitie. *Adoção de Menores: Intuitu Personae*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LUZ, Valdomar P. *Manual de direito de família*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009.
- MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENEZES, Elcio Resmini. *Medidas Socioeducativas: uma reflexão jurídicopedagógica*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. v.5. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayara. *Estatuto da criança e adolescente comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.



# A limitação da autonomia da vontade nos contratos de consumo e a proteção dos vulneráveis

*Nadya Regina Gusella Tonial<sup>1</sup>*

*Júlia Ampese<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

A atual sociedade é caracterizada como de consumo, segue uma matriz capitalista, que se revela pelo consumo em massa e se fundamenta no comprar e descartar de modo incessante. Muitas vezes as pessoas consomem não por necessidade, mas por mero desejo de acompanhar as tendências que o mercado cria a cada momento.

Em face desse modelo consumista, o Estado criou mecanismos de proteção, para que a relação entre consumidor e fornecedor pudesse ser igualitária. Essa proteção decorre do texto constitucional, compreendendo a defesa do consumidor como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII da Carta Magna e, também, como um princípio geral da atividade econômica, consubstanciado no artigo 170, inciso V da Constituição Federal. Em razão dessas disposições todas as normas elencadas no ordenamento de proteção ao consumidor têm como meta a defesa do consumidor.

---

<sup>1</sup> nadyatonial@gmail.com

<sup>2</sup> juampese@hotmail.com

Com isso, o Estado realiza a proteção a partir da presunção da vulnerabilidade do consumidor e impõe diversas regras para regular a relação consumerista, sendo uma delas a limitação da autonomia da vontade nos contratos de consumo.

Assim, o presente artigo possui duplo objetivo: inicialmente analisar o princípio da autonomia da vontade que serve de núcleo para as obrigações contratuais; e em um segundo momento entender o princípio da autonomia da vontade nas relações consumeristas, tendo em vista a necessidade de proteger o consumidor, considerado vulnerável nessa relação.

Para tanto parte-se da evolução histórica da autonomia da vontade, sua noção e relação com o conceito de contrato. Ainda, analisa-se a intervenção do Estado nas relações de consumo, a partir do pressuposto constitucional do dever de proteção e a consequente relativização da autonomia da vontade nos contratos de consumo.

## **2 A autonomia da vontade e a noção de contrato**

A autonomia da vontade representa a liberdade da pessoa de autodeterminar-se na esfera dos negócios de sua vida privada, desde que não viole a lei. Essa faculdade tem intensa relevância no direito contratual, visto que revela o poder de escolha das partes, ou seja, os contratantes são livres para assumir obrigações (para contratar), para fixar o conteúdo dessas obrigações (o que contratar) e por fim escolher seus parceiros (com quem contratar).

Destaca-se que o direito contratual foi marcado por dois períodos distintos: a teoria clássica ou liberal e a teoria moderna ou social. A concepção clássica oriunda do Século XIX, período caracterizado pela criação de diversas codificações e grandes construções doutrinárias, tem como base dois importantes princípios, o da liberdade contratual e o da obrigatoriedade. Eles são corolários de um princípio maior, o princípio da autonomia da vontade (NORONHA, 1994, p. 41-42).

A autonomia individual foi consagrada em lei, a partir da Revolução Francesa, pois nesta época a sociedade passou a ser vista como um conjunto de seres humanos livres e autônomos que estabeleciam relações entre si por meio da vontade, não se ligavam de outra forma senão pela vontade (GILISSEN, 2003, p. 738).

A consagração da autonomia da vontade surgiu com o Código Civil francês de 1804, que disciplinou este princípio no artigo 1134<sup>3</sup>, estabelecendo como lei as convenções formadas entre as partes. Dessa forma, assemelhou essas convenções aos efeitos produzidos pela lei (GILISSEN, 2003, p. 738).

O liberalismo representou um período em que economistas, políticos e juristas enalteciam uma ordem econômica e social apresentada pelas seguintes expressões: *laissez faire*, *laissez passer*, *le monde va de lui-même*<sup>4</sup>. Mas, o liberalismo não constituiu apenas uma doutrina econômica, ele trouxe, também, a ideia de que o homem possuía diversos valores morais e era dotado de direitos naturais que se opunham a ordem estatal (NORONHA, 1994, p. 64).

A intenção econômica do liberalismo apontava a vontade individual da pessoa como elemento garantidor do equilíbrio econômico e da prosperidade. Assim, a satisfação do interesse individual ficava subsidiariamente imposta à satisfação do interesse geral, que era entendido como a soma de diversos interesses individuais (NEGREIROS, 2002, p. 25-26).

A principal ideia do liberalismo era dar autonomia e deixar ao indivíduo o máximo de liberdade econômica possível, para que com isso a demanda e a produção pudessem se desenvolver automaticamente. O Estado apenas deveria garantir a liberdade necessária para que as pessoas pudessem desenvolver sua

---

<sup>3</sup>Article 1134 "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi." Tradução livre da autora: Os acordos formados legalmente são legais para aqueles que os fizeram. Eles podem ser revogados apenas por consentimento mútuo ou pelas razões que a lei autoriza. Eles devem ser realizados de boa fé"

<sup>4</sup> Tradução livre da autora "deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si mesmo".

personalidade e seus interesses particulares. A liberdade contratual, nesse caso, regulava a atividade de livre concorrência de mercado (BECKER, 2000, p. 25), sem intromissão do ente estatal.

Esta liberdade, pregada na época do liberalismo, representa a visão formal da liberdade, caracterizada pela expressão de que todos os homens são livres e iguais em direitos. Não importava para esta concepção se todas as pessoas possuíam ou não igualdade de condições no exercício da sua liberdade (NORONHA, 1994, p. 64).

Nessa linha, é importante ressaltar a lição de Kant, pois ele apresentou o problema do poder em relação à vontade. Nessa relação apresenta-se o que o autor denomina de “faculdade de desejar”<sup>5</sup> (RAMETTA, 2005, p. 260).

Para uma melhor compreensão observa-se que Kant realizou uma separação entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, isso fez com que houvesse uma mudança significativa nas regras de condutas jurídicas, visto que os princípios tiveram sua origem atrelada a subjetividade e não mais aos escritos da época. Kant passou, assim, a influenciar as Codificações que foram surgindo por meio do imperativo categórico<sup>6</sup>. A partir deste entendimento, não se pode mais vincular um pessoa ao ato que ela não produziu

---

<sup>5</sup> Como explica Rametta, a “faculdade de desejar é definida como a capacidade, por parte do sujeito, de ser causa de objetos através de representações. No agir, essas representações adquirem o significado de metas (ou escopos) que o sujeito estabelece para si, e que tende a realizar mediante uma cadeia consequente de atividades e operações. Entretanto, ao permanecer num contexto com essas características, não se ultrapassa o limite da dependência de fatores puramente naturais. Por isso, torna-se necessário identificar- na faculdade de desejar- uma função que permita o abandono do mecanismo da determinação universal sensível, e proporcione, por parte do sujeito, a realização de um agir *livre*” (2005, p.260).

<sup>6</sup> Segundo Kant, “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*. Ora deste único imperativo se podem derivar, como do se princípio, todos os imperativos do dever, embora deixemos por decidir se aquilo a que se chama dever não será em geral um conceito vazio, podemos pelo menos indicar o que pensamos por isso e o que é que este conceito quer dizer. Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: *Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade em lei universal da natureza*” (1995, p. 59).

por meio de sua vontade, pois este ato estaria violando a sua liberdade (BECKER, 2000, p. 27-28).

Para Kant, a autonomia da vontade era aquela “propriedade graças à qual ela é para si mesma a lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”. Assim, o princípio da autonomia da vontade determinava que a escolha que deve ser feita, precisa estar e fazer parte do querer como uma lei universal (1995, p. 85).

Contudo, a liberdade somente se tornaria uma lei universal, se viesse atrelada à razão. Não poderia haver liberdade sem o agir por parte da razão e vice-versa. Esse entendimento fez com que a palavra liberdade fosse substituída pela palavra autonomia, já que o vocábulo liberdade não significa a escolha das partes entre objetos alternativos, mas sim apenas a escolha de querer ou não aquele ato (RAMETTA, 2005, p. 261).

A autonomia da vontade se tornou um princípio absoluto que tinha como objetivo realizar o justo, pois se compreendia que a realização da justiça estava ligada à realização da vontade dos sujeitos. Assim, o negócio justo e válido era aquele formado pela composição da vontade das partes (MAGALHÃES, 2011, p. 12).

O Estado confiava na liberdade que tinha dado às pessoas para contratarem individualmente como quisessem, assim abdicava de intervir na relação negocial e não estabelecia nenhuma restrição. O juiz, nesta relação, somente conferia a legitimidade formal do contrato e se a vontade estipulada era a vontade real e inicial das partes. Os contratos só poderiam ser corrigidos se houvesse alguma falha na sua celebração (BECKER, 2000, p. 32).

A partir do século XIX, as transformações associadas a Revolução Industrial, provocaram diversas modificações políticas e jurídicas, resultando no que se denominou de massificação da sociedade. Especificamente no que diz respeito aos contratos, a massificação<sup>7</sup> é uma consequência do processo capitalista

---

<sup>7</sup> “A revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a concepção individual pela coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem qualquer negociação prévia, sendo que, mais e mais, as

progressivo que fez surgir a racionalidade econômica com o objetivo de acelerar os negócios e as transações econômicas (NORONHA, 1994, p. 70-72).

Este período da Revolução Industrial ensejou o que alguns autores denominam de primeira crise contratual, pois representou o momento da queda da concepção tradicional do contrato<sup>8</sup> para o renascer de um contrato que representasse a massificação da produção e a distribuição de produtos. É nesse momento que nasce a atual concepção de contrato de consumo (MARQUES, 2007, p. 22-23).

Neste contexto surgiu a autonomia negocial, que é a atividade consubstanciada no negócio jurídico, determinada por lei aos particulares a fim de que eles possam usar dessa lei para atingir seus interesses básicos nas relações estabelecidas entre as pessoas. Permaneceu a teoria clássica da autonomia da vontade, mas a partir daquele momento os interesses das partes passaram a ser protegidos por lei (BECKER, 2000, p. 51).

O Estado, na sua versão Social de Direito<sup>9</sup>, passou a intervir nas relações contratuais estabelecendo normas que reduziram a autonomia da vontade por meio do dirigismo contratual, que se constituiu em um ato necessário para a garantia de equilíbrio na relação. Por meio de intervenções nas relações de consumo o

---

empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impessos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo detransformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada” (MARQUES, 2011, p. 10-11).

<sup>8</sup> “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade” (MARQUES, 2011, p. 70).

<sup>9</sup> O Estado Social de Direito representa a atuação do Estado de forma “mais positiva e ativa no sentido de garantia dos direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos, tais como educação, saúde e trabalho, dentre outros. Assim, a postura neutra e ausente do Estado no modelo liberal é substituída por um caráter interventivo, que não encontra mais na figura da lei exclusivamente limites para sua atuação, mas também imposições de atuação e realização. Neste processo, opera-se, igualmente, uma reaproximação entre as esferas pública e privada num processo que se poderia denominar, concomitante e reciprocamente, como sendo de estatização da sociedade e de socialização do Estado” (HENNIG LEAL, 2006, p. 291).



Estado garantiu a “defesa do contratante mais fraco contra os abusos da contraparte” (BECKER, 2000, p. 68).

Em síntese, a autonomia da vontade sempre representou o núcleo da noção de contrato, desde o Estado Liberal, em que teve seu ápice, passando pela época em que predominou o capitalismo industrial, na segunda metade do século XIX, até a primeira metade do século XX, consagrando-se, atualmente, como um princípio fundamental do direito privado (LÔBO, 2011, p. 19).

O princípio da autonomia da vontade é um conceito oriundo da filosofia e significa o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico da eficácia e validade dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma é aquela que se manifesta livremente, ou seja, aquela que o sujeito contrata, se quiser, da forma que quiser e com quem quiser. Logo, deste entendimento retiram-se três ideias principais do que significa o princípio da autonomia da vontade, sendo elas: a pessoa contrata se quiser, com quem quiser e da forma que quiser. (COELHO, 2012, p. 20).

A autonomia da vontade se evidencia no “contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas”, demonstrando que a liberdade de contratar, afasta a interferência estatal da relação contratual (RIZZARDO, 2006, p. 19).

Porém, esta liberdade de contratar, que é o poder dado as partes de realizar o contrato de acordo com o que pretendem retirar dele, sem imposições legais, não é ilimitada, mas sim mitigada por dois fatores principais: a ordem pública e os bons costumes. E essas limitações impostas pelo Código Civil, são exceções<sup>10</sup> ao princípio da autonomia da vontade (GOMES, 2002, p. 23-24).

---

<sup>10</sup> Estabelece que a “autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos: a) da Lei – a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral; b) da Moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa; c) da Ordem Pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a

Em face da liberdade contratual não ser absoluta, a vontade dos contratantes deve ser submissa ao interesse coletivo, nos termos do artigo 421 do Código Civil<sup>11</sup>, visto que a função social do contrato limita a autonomia de contratar. Assim, o contrato deve possuir alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes se ajustem aos interesses da coletividade (DINIZ, 2006, p. 78-79).

A função social decorre do princípio do solidarismo social previsto como objetivo da República no artigo 3º da Constituição Federal<sup>12</sup>. A socialidade do pacto interfere no meio social em que se realiza o contrato, mas a autonomia dos contratantes não desaparece, somente a liberdade de estipular deve ser analisada perante as ideias de justiça e solidariedade. Essa noção diz respeito aos deveres das pessoas perante à sociedade, com o intuito de combater o interesse individual jurídico em favor dos interesses comunitários (THEODORO JUNIOR, 2014).

Da mesma forma, o exagero da autonomia da vontade leva a situações sociais conflitantes, pois em alguns casos certas pessoas possuem um maior grau de discernimento, enquanto outras apresentam uma vontade fragilizada, fazendo com que a autonomia da vontade reste prejudicada. Assim, a função social do contrato estabelece uma prevalência do direito público sobre o privado, determinando uma justiça distributiva, em que deve ser dado a cada um o que é justo (RIZZARDO, 2006, p. 19- 21).

O princípio da autonomia da vontade estabelece que o contrato celebrado faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), para o sujeito de direito que mediante livre vontade estabeleceu com outro um compromisso. Surge uma obrigação imposta pela ordem jurídica de cumprir o que foi estipulado no contrato sob

---

observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia” ( GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.77).

<sup>11</sup> Artigo 421 do Código Civil, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>12</sup> Artigo 3º da Constituição Federal, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

pena de cumprimento forçado daquela obrigação. Destaca-se que a parte é livre para obrigar-se ou não, logo o Estado pode aplicar sua coerção acaso o contratante não cumpra o que sua autonomia da vontade lhe levou a pactuar (COELHO, 2012, p. 22).

A obrigatoriedade é representada pelo princípio do *pacta sunt servanda*, que estabelece que “os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida”, ou seja, o acordo de vontade declarado tem valor de lei entre as partes, e se não ocorrer seu cumprimento, a parte será coagida a cumprir. O que faz com que o cumprimento seja obrigatório é o dever de lealdade, no qual compete ao sujeito ser fiel a sua promessa, e dizer a verdade (RIZZARDO, 2006, p. 24-25).

Destaca-se, ainda, a diferença existente entre autonomia da vontade e a autonomia privada, de modo que a autonomia da vontade revela uma vontade subjetiva, enquanto a autonomia privada revela uma vontade objetiva, resultante de uma declaração de vontade (OLIVEIRA, 2011, p. 6).

Assim, a par do princípio da autonomia da vontade, também existe a autonomia privada<sup>13</sup>, ou seja, atualmente o que se reconhece nas relações contratuais não é apenas a vontade das partes, mas também o estabelecimento por parte do ordenamento jurídico de normas que atribuem às partes o poder de autorregulamentarem seus próprios interesses na esfera privada (NORONHA, 1994, p. 112).

O Código Civil garantiu a autonomia privada<sup>14</sup>, concedendo às partes a liberdade de contratar, estabelecendo como limites a função

---

<sup>13</sup> A autonomia da vontade é “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico que seria lei para elas”, ou seja, as partes sozinhas possuem o poder de convencionar no contrato celebrado o conteúdo e o objeto, por que lhes permitem escolherem com toda a liberdade a forma como se dará a satisfação do interesse. Já a autonomia privada “é a liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços” (NORONHA, 1994, p. 113-115).

<sup>14</sup> Para a conceituação da autonomia privada tem-se que, é a liberdade que as pessoas possuem de estipular através de contratos ou negócios jurídicos unilaterais seus interesses, principalmente, no que diz respeito à circulação de bens e serviços. Assim sendo, a autonomia privada é um princípio fundamental do direito privado, sem ele seria impossível viver em uma sociedade capitalista

social, a boa-fé objetiva<sup>15</sup> e a ordem pública. O fato de todas as pessoas possuírem autonomia para declarar sua vontade faz parte da autonomia da vontade, um princípio que decorre da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup> (NERY JUNIOR, NERY. 2006, p. 410).

Portanto, o contato pode ser compreendido como o acordo de vontades decorrente da autonomia da vontade das partes, que estabelecem obrigações jurídicas, os limites da função social e à luz da boa-fé objetiva.

### **3 A intervenção do Estado nas relações consumeristas**

A Constituição Federal positivou a proteção do consumidor como direito fundamental e trouxe ao Estado a necessidade de defender os direitos do consumidor por meio da intervenção nas relações de consumo. Em face dessa previsão legal, o Estado intervém nas relações contratuais a fim de garantir a proteção e a igualdade da parte vulnerável, perante o outro contratante. Essa defesa se dá por meio da imposição de normas de ordem pública que devem ser seguidas pelas partes.

Durante o período do Estado Liberal, a atuação do ente estatal foi absentéista, cujo fundamento era não intervir nas relações entre particulares, deixando-os livres para contratar e seguir as tendências do mercado. Desse modo, a observância do princípio da liberdade atingiu seu nível extremo, o que ocasionou o benefício dos contratantes mais fortes economicamente, em

---

marcada pela produção e circulação de bens e pela prestação de serviços realizadas pela iniciativa privada (NORONHA, 1994, p. 115-116).

<sup>15</sup> Como menciona Tonial “a boa-fé objetiva confirma a repersonalização nos contratos e mostra-se como um instrumento hábil para concretizar a dignidade da pessoa humana e promover a justiça social. Pela boa-fé objetiva os contratantes devem agir com ética, ou seja, pautar suas condutas pela lealdade e correção, respeitando a pessoa humana que se encontra no outro pólo do contrato” (2009, p. 199).

<sup>16</sup> Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”.

desfavor dos mais fracos. Foi então que houve a necessidade do Estado intervir na sociedade, como forma de dar uma resposta às reivindicações sociais. Tal situação gerou um novo Estado denominado Social, que se caracterizou por dar ênfase à concepção de dignidade humana e trazer reflexos positivos à tutela do consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 25-26).

Nesse período, os princípios da liberdade e da igualdade não se encontravam harmônicos, pois a igualdade, perante a lei era um conceito meramente formal, e essa falta de equidade criava um desnível econômico, causado pela falta de poder de negociação da classe desfavorecida. Então, o Estado passou a intervir nos contratos “a fim de equilibrar o poder das partes contratantes, estabelecendo normas imperativas de ordem pública ou de bons costumes” (AMARAL NETO, 2011, p.10).

Diferentemente do liberalismo, em que existia uma sobreposição do direito privado sobre o direito público, o constitucionalismo social<sup>17</sup> trouxe uma mudança de hierarquia de poderes, com o intuito de fazer o Estado ocupar o lugar que era da burguesia. O poder da vontade dos particulares encontrou uma limitação que estava atrelada a dois grandes princípios, o da solidariedade social<sup>18</sup> e o da dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>. Assim a ética do individualismo foi substituída pela ética da solidariedade e houve a relativização da autonomia da vontade acentuando a proteção da dignidade da pessoa humana (FACCHINI NETO, 2003, p.21-23).

---

<sup>17</sup> Conforme Facchini Neto, “O período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede ao segundo pós-guerra procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um todo” (2003, p. 22).

<sup>18</sup> Exemplifica Negreiros: “enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade social – nos quadros da ordem constitucional em vigor – supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma” (2002, p. 18).

<sup>19</sup> Verifica-se que “a tutela da dignidade da pessoa humana como centro valorativo do direito civil contemporâneo—a justificar que o valor da pessoa seja preservado, até mesmo, contra a sua própria vontade – representa uma inversão de perspectivas quando comparada à tutela do indivíduo e de sua autodeterminação” (NEGREIROS, 2002, p. 20).

Outro importante fator que deu ensejo ao surgimento da intervenção estatal foi a necessidade de organizar e disciplinar a economia. Era impossível e inconveniente deixar que o mercado se autorregulasse, principalmente em países como o Brasil, que estão em desenvolvimento, visto que deixar a economia seguir livremente sem intervenções dá ensejo a disparidades econômicas e sociais. Diante disso, “os valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social, exigem uma presença cada vez maior do Estado atuante no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais<sup>20</sup> em conflito” (AMARAL NETO, 2011, p.10-11).

E assim surgiu o princípio da intervenção do Estado, com a necessidade de proteção ao contratante mais fraco por parte do Estado. Em especial, nos contratos de consumo a Constituição declarou como direito fundamental a proteção do consumidor e impôs ao Estado o dever de defender este direito. O Estado não deve ser neutro na relação consumerista, ao contrário, ele deve defender os direitos dos consumidores e estabelecer deveres aos fornecedores com o intuito promover a equivalência entre as partes (MIRAGEM, 2013, p. 131).

O Estado intervém com o objetivo de modificar o conteúdo contratual que ele julga como prejudicial ao interesse geral de toda a sociedade ou daquela parte que ele está protegendo, como por exemplo os consumidores. A finalidade do Estado não é proteger apenas a manifestação de vontade dos contratantes, mas sim o contrato como um todo (BECKER, 2000, p. 69).

Atualmente a intervenção estatal operada por meio de normas de ordem pública, no âmbito econômico e social, é utilizada para a proteção da parte mais fraca, como também com o

---

<sup>20</sup> O ordenamento jurídico passou a ser responsável por tutelar as novas exigências do mercado, pois as empresas modificaram-se para se adaptar à nova realidade econômica marcada pela contratação padronizada. Diante da mudança no modo de formação do contrato, o ordenamento passou a empreender diversas intervenções que tinham como objetivo proteger o contratante em posição de inferioridade, dos abusos que sofreria pela outra parte (BECKER, 2000, p. 68).

objetivo de conduzir a economia nacional, visando eliminar dos contratos privados tudo o que a lei não permite, a fim de garantir a proteção do vulnerável (BECKER, 2000, p. 72-73).

Cumpre destacar que o grau de intensidade da intervenção estatal varia conforme o tipo de contrato celebrado, observando sua formação. Desse modo, os contratos podem ser classificados como paritários (negociados), aqueles em que existe a ampla discussão do conteúdo e os de adesão, em que as cláusulas são fixadas por um só contratante, cabendo ao outro aderir ou não (GONÇALVES, 2016, p. 22).

Se o contrato for negociado<sup>21</sup>, existe um equilíbrio entre os contratantes e o Estado poderá se privar de intervir na relação, por que presume-se que o acordo de vontades efetivado pelas partes já representa a justiça contratual. Por outro lado, se o contrato for de adesão a intervenção do Estado deverá ser mais efetiva, pois nesse caso existe uma situação de inferioridade (BECKER, 2000, p. 83).

O Código de Defesa do Consumidor disciplina o contrato de adesão no artigo 54, caput<sup>22</sup>. Este contrato é em regra um documento impresso que possui alguns espaços em branco para serem preenchidos com os dados do consumidor (BESSA; MOURA, 2008, p.120).

Rizzato Nunes explica que os contratos de adesão são típicos da sociedade de massa marcada pelo crescimento do consumo. E esta nova forma de sociedade, com caráter consumista, deu origem aos contratos de adesão, por meio de contratos prontos e cláusulas prefixadas para a melhor venda e distribuição dos produtos oriundos dessa produção em massa<sup>23</sup>. Os contratos de adesão

---

<sup>21</sup> Conforme cita Anelise Becker, o contrato negociado existe quando “as partes podem, em larga medida, fixar as cláusulas e confirmar o seu conteúdo” (2000.p. 83).

<sup>22</sup>Artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

<sup>23</sup> Como sustenta Noronha, a massificação dos contratos “é consequência inexorável do processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de

acompanham a evolução da sociedade capitalista, visto que como a produção dos bens e a prestação dos serviços, o contrato também é decidido unilateralmente e posto à disposição do consumidor, que possui como alternativa aceitar ou não (2005, p. 581).

Essa forma de contrato limita a vontade do consumidor, que na maioria das vezes não lê as cláusulas impostas no contrato, que foram unilateral e antecipadamente formuladas pela empresa, tendo o consumidor a simples função de aderir à vontade manifestada pelo fornecedor (MARQUES, 2011, p. 76).

Porém, o contrato de adesão não é um novo tipo contratual ou uma categoria diversa de contratos, ele somente possui uma técnica de formação contratual diferente que pode ser aplicada a qualquer categoria contratual. Essa experiência contratual dá mais rapidez na conclusão do negócio jurídico, o que constitui uma exigência da economia da atualidade (NERY JUNIOR, 2011, p. 652).

Grande parte dos contratos são de adesão e não permitem negociação ampla das partes, apresentam-se por cláusulas fixadas unilateralmente por alguma das partes, como é o caso dos contratos de consumo massivos<sup>24</sup>, em que, se o consumidor quiser contratar a única opção dele é concordar com as cláusulas (COELHO, 2012, p. 89-90).

O contrato de adesão contraria a ideia clássica de contrato, que admite uma fase anterior para discussão das cláusulas relativas ao contrato em questão, em que estando as partes em

---

empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais” (1994, p. 71-72).

<sup>24</sup>“A sociedade contemporânea se caracteriza pelo “fenômeno de massa”, salientando que, do ponto de vista econômico, a produção é uma produção de massa, o comércio é de massa; o consumo, por sua vez, também é tipicamente de massa. Isto significa dizer que o ato de uma pessoa ou de uma empresa envolve efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e categorias. No aspecto consumo, por exemplo, basta que um produto apresente um mínimo defeito, e já milhares ou milhões de consumidores sofrerão um dano. O mesmo seja dito em relação à publicidade: uma fraude publicitária, do tipo publicidade enganosa, poderá afetar milhões de pessoas. Em ambos os casos haverá um “dano de massa”, a exigir uma resposta protetiva que efetivamente tutele o consumidor” (ALMEIDA, 2014. p. 38).



igualdade, estabelecem negociação a fim de eliminar qualquer divergência. Nos contratos de adesão não existe essa prerrogativa de discutir as cláusulas, pois, uma parte impõe a outra e em geral a parte não pode recusar se precisa daquele produto ou serviço (RODRIGUES, 2004, p. 44-45).

É difícil imaginar contratos de adesão fora da incidência no direito do consumidor. Essa forma de contrato torna as negociações mais céleres, pois retira a iniciativa individual de uma das partes. Em contrapartida, o contratante que estipula as cláusulas encontra nesse contrato um meio de expandir a sua vontade, que deve ser limitada com o objetivo de não prejudicar o outro que nada pode alterar (VENOSA, 2012, p. 382).

Na disciplina destes contratos a lei possui uma maior preocupação com o contratante aderente, pois as cláusulas foram redigidas unilateralmente pela outra parte, sendo necessário proteger o aderente de obscuridades propositadamente introduzidas no texto. Assim, preceitua a lei<sup>25</sup> que quando se tratar de cláusulas ambíguas, os contratos de adesão devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente (COELHO, 2012, p. 91).

Portanto, justifica-se a intervenção do Estado na limitação da autonomia da vontade das partes na relação de consumo, em especial nos contratos de adesão, como forma de efetivar a igualdade material, por meio da proteção ao contratante vulnerável que é o consumidor.

#### **4 A autonomia da vontade e sua limitação nos contratos de consumo**

Diante da constitucionalização do direito contratual há necessidade de compreender a noção de contrato, fundamentada na autonomia da vontade, mas limitada pela função social e á luz

---

<sup>25</sup>Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

da boa-fé objetiva. Somente uma interpretação constitucionalizada da relação contratual, em especial, a de consumo, possibilita a proteção da parte que se encontra em desigualdade.

No Estado Liberal o que justificava a não intervenção do Estado nas relações contratuais era a ideia de que todos eram iguais perante a lei, e em face desse princípio o Estado se abstinha de prestar sua assistência aos contratantes, por entender que existia igualdade e com isso, o contrato era justo e satisfazia os interesses de ambas as partes. Essa ideia de igualdade formal estava atrelada a autonomia da vontade, que era absoluta e irrestrita, porém foi sendo relativizada e hoje encontra limites na ordem pública e nos bons costumes (ALMEIDA, 2003, p. 134).

Na visão tradicional do conceito de contrato, a liberdade individual e a autonomia da vontade<sup>26</sup> representavam o fundamento das obrigações contratuais. Por serem livres e iguais as pessoas possuíam condições de proteger adequadamente os seus interesses e direitos. O fato do Estado não intervir na autonomia dos indivíduos, caracterizava no Estado Liberal a liberdade de contratar os mais diversos negócios, fazendo com que houvesse uma rápida circulação de riquezas (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 337).

A mudança necessária para o entendimento das relações consumeristas é que “o Direito não está recluso em si mesmo, e que por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes alterações nos institutos jurídicos” (NEGREIROS, 2002, p. 6).

A situação de desigualdade, conduziu a modificação da noção de contrato tradicional para a contemporânea, em que a

---

<sup>26</sup>Negreiros cita, que: “O apego ao significado clássico do princípio da autonomia privada, expressão da liberdade e da força jurídica do querer individual, explica o fato de que as teorias contemporâneas – e aqui se têm em mira, particularmente, as teorias contratuais – sejam em geral referidas como “novas”, como se fosse realmente possível que não fossem (assim novas) pelo simples e inevitável fato de que novos são os tempos e os homens a que se destinam” (2002. p. 5-6).

intervenção estatal se faz presente para compensar o desequilíbrio entre as partes contratantes. Com isso, necessário o dirigismo contratual, que é a imposição de limites a liberdade contratual<sup>27</sup> pelo Estado, com o intuito de proteger o consumidor considerado vulnerável, mediante uma série de leis que proíbem determinados conteúdos nos contratos e limitam a autonomia da vontade (ALMEIDA, 2003, p. 135).

Assim, o princípio da autonomia da vontade e sua relativização são explicados por Hesse, quando refere:

*La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento e se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad defectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser substituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea*<sup>28</sup>(1995, p.78-79).

---

<sup>27</sup>A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. [...] É necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias às transformações da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar” (ANDRADE, 2003, p. 271).

<sup>28</sup> Tradução livre da autora: A autonomia privada e sua manifestação mais importante, a liberdade contratual, encontram seu fundamento e seus limites na ideia de configuração sob sua

Desse modo, a relação de consumo encontra limitação na autonomia da vontade das partes. Essa mitigação possui fundamentação constitucional que reside na dignidade da pessoa humana<sup>29</sup> e no solidarismo social<sup>30</sup>.

Nesse contexto, explica Tepedino

mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas (2004, p.233).

---

responsabilidade de vida e personalidade. Eles pressupõem uma situação legal e factual aproximadamente igual dos interessados. Onde tal pressuposto está faltando, e a autonomia privada de um leva à falta de liberdade da outra, toda fundação desaparece e todos os limites são transferidos; O equilíbrio indispensável deve então ser encontrado por outro meio, o da regulação estatal, cuja efetividade freqüentemente requer uma conexão dos preceitos do Direito Público e do Direito Privado. Aqui reside a diferença essencial entre o significado atual da autonomia privada e o do século XIX: que oferecia apenas liberdade formal, que correspondia apenas parcialmente à realidade social; conseqüentemente, poderia levar à falta de liberdade defeituosa. Uma verdadeira liberdade geral nunca pode ser produzida apenas pela autonomia privada. Dado o pressuposto de uma situação jurídica e factual aproximadamente igual das partes interessadas, este é, no entanto, um elemento essencial da liberdade real e, como tal, não pode ser substituído pelo planejamento ou pela regulação estatal, por mais cuidadosa que seja.

<sup>29</sup> O conceito de dignidade da pessoa humana foi consagrado pela Constituição Federal e “proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2003, p. 115).

<sup>30</sup> O solidarismo social é um princípio geral instituído na Constituição Federal. Busca-se através dele atingir o objetivo da “igual dignidade social. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2003, p. 140).

Essa constitucionalização do contrato decorrente do respeito à pessoa e sua dignidade apresenta-se pelos princípios da vulnerabilidade e boa-fé objetiva. Já, o solidarismo social pelo princípio da função social.

A mitigação da autonomia da vontade, nas relações de consumo, em face da vulnerabilidade, ocorreu para efetivar a igualdade material. O Código de Defesa do Consumidor protege o contratante vulnerável e os efeitos causados por essas modificações “transformaram o juízo acerca da validade do contrato num juízo voltado não apenas para o processo de formação e de manifestação de vontade geradora do vínculo contratual, mas igualmente voltado para o efetivo resultado produzido pelo acordo de vontades” (NEGREIROS, 2002, p. 299).

A liberdade contratual foi se modificando a partir do momento que se verificou, na prática das relações contratuais, a desvantagem dos resultados para uns e as vantagens dos resultados para outros, este desequilíbrio demonstrou que a liberdade contratual estava sendo um instrumento de discriminação para uma das partes (NEGREIROS, 2002, p. 272)

O desequilíbrio existente nas relações contratuais, admitiu que a liberdade contratual fosse mitigada pela intervenção do Estado, impondo limites que protejam desequilíbrios e distorções dos contratos celebrados entre pessoas economicamente mais fortes com outras economicamente mais fracas (BDINE JUNIOR, 2008, p. 30).

Logo, por meio da proteção a parte vulnerável, e consequente limitação à autonomia privada, consolida-se também o princípio do equilíbrio contratual, trazendo evidente justiça contratual à relação de consumo. Frente a isso, o contrato consumerista deve representar uma troca justa.

Por sua vez, a boa-fé objetiva possui como uma de suas funções, limitar o exercício de direitos subjetivos. Isso significa que ela dá um sentido a ser seguido na relação contratual, na qual ela deve ser compreendida como “uma relação de cooperação,

impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato” (NEGREIROS, 2002, p. 130- 140).

Já, a função social do contrato representa um limite à liberdade de contratar e estabelece a necessidade de existência de um vínculo entre o “exercício da liberdade/direito subjetivo de contratar e a finalidade social dessa prerrogativa”. Assim, demonstra-se uma contradição entre a liberdade de contratar e o atendimento a função social do contrato (MIRAGEM, 2007, p. 201- 205).

O referido princípio diminui a autonomia da vontade dos contratantes, com o objetivo de atender o interesse social, retirando a ideia de contrato somente para fins individuais, ou seja o contrato deve ter uma utilidade. O contrato, portanto, à luz da função social serve para circulação de riquezas por meio de trocas justas e úteis, mantendo, ao mesmo tempo, a utilidade e a justiça (TONIAL, 2009, p. 177-178).

A função social do contrato já não permite mais que os contratantes tenham ampla liberdade de criação. O contrato deve seguir rigorosamente o regramento protetivo e atender ao seu fim que é a movimentação de riquezas. Essa restrição da liberdade produz limitação ao princípio da autonomia da vontade (MENEZES DA COSTA, 2007, p. 234-245).

O Código de Defesa do Consumidor é a expressão da preocupação de proteger e defender o consumidor. É justo que a parte vulnerável seja legalmente amparada e fortalecida diante da disparidade de poder negocial existente entre as partes contratantes. Tal premissa de proteção representa a queda do formalismo contratual firmado pela teoria clássica (NEGREIROS, 2002, p. 305).

Atualmente os contratos além de serem instrumentos de circulação de riquezas, são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais dos consumidores e dos mandamentos

constitucionais de igualdade entre os desiguais e em especial da dignidade da pessoa humana<sup>31</sup>(MARQUES, 2011, p. 259).

Dessa forma, a proteção constitucional confere igualdade às partes contratantes nos contratos de consumo, por meio desta igualdade proporcionada pela legislação consumerista, que garante a igualdade material<sup>32</sup> da relação. Com isso, é proporcionado ao consumidor o direito de escolha, informação e transparência, a fim de proteger a sua autonomia da vontade (MARQUES, 2011, p. 266).

Destaca-se que a autonomia da vontade nos contratos de consumo é estabelecida pela lei, que vai proteger e dar legitimidade ao vínculo contratual. Contudo, vê-se que a autonomia da vontade, continua sendo importante para a formação dos contratos, porém sua força está diminuída em razão do conteúdo do contrato. As leis intervencionistas, autorizam o Poder Judiciário a delimitar o espaço da autonomia da vontade, de modo a trazer maior controle das relações contratuais consumeristas (MARQUES, 2011, p. 276-277).

Em face disso, o fornecedor não possui mais autonomia da vontade absoluta no ato de contratar, já que ele não pode estipular as cláusulas livremente, mas sim, deve pactuar de acordo com os princípios da boa-fé, da equidade e da função social. Da mesma forma, o consumidor, também, possui restrições a sua autonomia da vontade, principalmente no que diz respeito a vedação de contratar cláusulas abusivas que lhe sejam prejudiciais (ALMEIDA, 2003, p. 136-137).

Portanto, o princípio da autonomia da vontade sofre diversas modificações, a primeira é na liberdade de contratar, em que a modernidade fez com que as pessoas necessitassem comprar cada vez mais e isso gerou um aumento do número de contratos

---

<sup>31</sup> Como cita Bodin de Moraes, quando existir conflitos entre princípios, como no caso entre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, partindo da ideia de que ambos possuem a mesma importância hierárquica, a interpretação deverá ser favorável a aplicação ao conceito da dignidade da pessoa humana, pois este é o princípio maior (2003, p. 117).

<sup>32</sup> Trata-se da igualdade substancial ou material “cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos” (BODIN DE MORAES, 2003, p. 118-119).

celebrados; a segunda é na liberdade de escolher com quem contratar, essa limitação ocorre devido as diversas normas protetivas contra as práticas discriminatórias exercidas por alguns fornecedores; e a terceira, encontra-se na limitação de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos dos contratos. Esta última modificação atende as normas imperativas que fixam as condições gerais que os contratos devem possuir (VIEIRA, 2001, p. 19-20).

Assim, a mitigação da autonomia dos contratos resulta das diretrizes da socialidade, equidade e eticidade que passaram a compor o conceito de contrato por meio dos princípios da função social, do equilíbrio das prestações e da boa-fé objetiva, respectivamente. Tal redução tem por objetivo concretizar a igualdade material promovendo a proteção do consumidor, que é vulnerável.

## **5. Considerações finais**

Constata-se que diante da desigualdade entre as partes nos contratos, o princípio da autonomia da vontade necessitou ser relativizado para dar efetividade à proteção do consumidor, elencado como um princípio constitucional. Logo, o conceito sofreu algumas alterações, em face dessa relativização, já que a liberdade de contratar não é mais ampla.

Tal noção decorre dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é o princípio maior, e a noção de liberdade fica atrelada a ele. Assim, nas relações consumeristas, se a liberdade estiver causando supressão de direitos do consumidor, ela será relativizada para que se efetive a dignidade humana e com isso o tratamento igualitário.

A mitigação da autonomia da vontade deve ocorrer quando as partes não estiverem em igualdade. Nesse contexto, o Estado por meio da intervenção estatal deve agir para igualar materialmente os contratantes, que forem desiguais. Essa intervenção busca dar efetividade à dignidade da pessoa humana e



ao solidarismo social, por meio dos princípios da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A vulnerabilidade, a boa-fé e a função social do contrato minimizam a autonomia da vontade das partes, com o intuito de concretizar a igualdade material entre o consumidor e o fornecedor, para que eles possam contratar com iguais condições. Dessa forma, a mitigação da autonomia da vontade revela-se um instrumento para a concretização da defesa do consumidor.

Portanto, constata-se que a autonomia da vontade é o núcleo dos contratos, porém ela foi relativizada nos contratos de consumo em razão da inexistência de igualdade entre os contratantes. Não é justo deixar que partes desiguais contratem livremente, pois essa liberdade pode acarretar uma disparidade nas prestações. Assim, a intervenção do Estado, restringindo a autonomia da vontade existe para garantir a igualdade e tornar eficaz a proteção concedida ao consumidor, considerado parte vulnerável nas relações consumeristas.

## Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica- perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. vol. 1, p. 117 - 144. Out / 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção professor Agostinho Alvim.

- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BESSA, Leonardo Roscoe. MOURA, Walter José Faiad de. *Manual de direito do consumidor*. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Aldacy Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 Jun. 2017
- \_\_\_\_\_, Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 25. Mai. 2017.
- \_\_\_\_\_, Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mai. 2017.
- CODE CIVIL 1804. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=oCD23A18A465F53FAD980E4053692E3D.tplgfr22s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=18040408](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=oCD23A18A465F53FAD980E4053692E3D.tplgfr22s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=18040408)>. Acesso em: 08. Abr. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In\_\_*Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Aldacy Rachid 2003. Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora,
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil contratos: teoria geral*. Vol.4, Tomo 1. Ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217235/cfi/60!/4/4@0.00:48.4>>. Acesso em: 06. Abr. 2018

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol.3. ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636736/cfi/4!/4/4@0.00:20.7>>. Acesso em 03. Mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Estado de Direito*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar/Unissinos, 2006, p. 288-291).

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed Civitas, 1995. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/345449768/KONRAD-HESSE-DERECHO-CONSTITUCIONAL-Y-DERECHO-PRIVADO-pdf>>. Acesso em: 04. Abr. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Edições 70. 1995.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. *Os novos poderes/ direitos oriundos do contrato no código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes*. In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005523/cfi/6/10!/4/6/2@0:0>>. Acesso em: 09. Abr. 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. até 20 de maio e 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover...[et al]. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material ( arts. 1º a 80 e 105 a 108).

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. vol.3. p. 455-508. Jun/ 2011.

RAMETTA, Gaetano. *Poder e liberdade na filosofia política de Kant*. In: DUSO, Giuseppe. *O poder: história da filosofia política moderna*. Giuseppe Duso (org.); Tradução de Andréa Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Vol 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In. *Temas de direito civil, 3ª edição atualizada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO Jr. Humberto. *O contrato e sua Função Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 10. Set. 2017.
- TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. ed.12. São Paulo: Atlas, 2012.
- VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 791/2001, p. 31-64. Set 2001.



## A perspectiva da igualdade de gênero no cenário trabalhista

*Paulo Henrique Schneider<sup>1</sup>*

*Luísa BarbisanMortari<sup>2</sup>*

### Introdução

O presente artigo versa sobre as relações trabalhistas das mulheres e a sua relação com a igualdade de gênero. Para tanto, torna-se importante levar em consideração a atual situação das mulheres no mercado de trabalho, preocupando-se com o idêntico tratamento que deve ser dado para que homens e mulheres estejam em situação de igualdade no cenário trabalhista.

Trata-se de um tema extremamente instigante e delicado, tendo em vista a importância do papel da mulher na sociedade e nas relações trabalhistas. Objetiva-se estudar a participação da mulher na seara trabalhista e os dispositivos legais atinentes às trabalhadoras do sexo feminino à luz do direito à igualdade, para compreender o tratamento legislativo especial dado às mulheres, justificando a necessidade dessa proteção.

Ainda, busca-se demonstrar os fatores que evidenciam a preocupação em concretizar a igualdade de gênero e a proteção das

---

<sup>1</sup> paulo@dss.adv.br

<sup>2</sup> luisa.lbm@hotmail.com

futuras gerações, fazendo-se um paralelo entre a igualdade e a discriminação nas relações de trabalho.

Logo, o presente artigo não tem por objetivo esgotar o assunto, mas oportunizar reflexões, pois a matéria reveste-se de suma importância e acarreta inesgotáveis debates, o que torna um assunto interessante e polêmico. Busca-se, contudo, incentivar a realização de novos estudos acerca do tema em questão.

## **2 O direito fundamental à igualdade nas relações trabalhistas**

O reconhecimento constitucional da igualdade como direito fundamental inerente a todos os seres humanos é fruto de inúmeras lutas que perduraram por décadas. Para que se possa alcançar a efetiva igualdade, muitas vezes torna-se necessário a adoção e aplicação de medidas especiais, que se constituem em meios de equilíbrio para equiparar a sociedade pluralista nas mais diversas áreas do cotidiano.

A igualdade surgiu na Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que idealizava extinguir as vantagens pessoais e, assim, estabelecer a igualdade de fato entre os homens (LEITE, 2014, p. 49).

Ipojucan Demétrius Vecchi, ao discutir o princípio da igualdade, refere que

é um dos fundamentos de nosso ordenamento jurídico, sendo um dos componentes daquilo que tem sido denominado de *jus cogens* internacional, ou seja, normas impostergáveis de cumprimento obrigatório por todos os Estados, independente de sua concordância, como critério para participação na comunidade internacional. [...] esse princípio expressa uma aspiração humana, qual seja, a de ser tratado com igual dignidade, consideração e respeito (2014, p. 316-317 – grifo do autor).

O princípio da igualdade preceitua que a lei não deve ser motivo para perseguições ou privilégios, mas um mecanismo que



regula a vida em sociedade, tratando todos os cidadãos igualmente. O legislador, ao aplicar o princípio da igualdade, fica obrigado a criar condições que garantam igual dignidade social em todas as circunstâncias (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, p. 21). O referido princípio disciplina que “todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição” (BARROSO, 2015, p. 287).

O direito à igualdade possui um duplo viés: igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal decorre da noção de que todos são iguais perante a lei (LEITE, 2014, p. 49). Nesse contexto, Alexandre de Moraes estabelece que a igualdade formal caracteriza-se pela elaboração, interpretação e emprego igualitário das normas jurídicas, com o objetivo de impossibilitar distinções de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de diferenciações ou privilégios (2016, p. 585).

A igualdade material, por sua vez, consiste em tratar por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual” (CANOTILHO, 2003, p. 428). Assim, a igualdade material busca garantir tratamento uniforme e equilibrado a todos os seres humanos, possibilitando o acesso a todos os bens da vida, proporcionando, deste modo, a igualdade efetiva e real para todos (LEITE, 2014, p. 49).

Assim, o entendimento da igualdade formal tem como pressuposto um ponto de partida abstrato, enquanto para a igualdade material, tem-se como base o resultado a que se pretende chegar, tomando como ponto de partida as diferenças. “A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade” (PIOVESAN, 2016, p. 38).

No que tange ao direito do trabalho, existem vários dispositivos constitucionais que tratam do princípio da igualdade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 181). Complementando essa visão, José Afonso da Silva discorre que

a Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social [...] constituem reais promessas de busca da igualdade material (2012, p. 211-212 – grifos do autor).

No artigo 7º da Constituição, é possível encontrar diversos dispositivos que tratam dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade nas relações trabalhistas, tais como: proibição de diferenças salariais, de critério de admissão e de exercício de função por motivo de idade, cor, sexo ou estado civil; vedação a discriminação de salário e modo de admissão de portador de deficiência; proibição à distinção entre trabalho técnico e intelectual, manual ou entre profissionais respectivos; tratamento igualitário de direitos entre trabalhadores avulsos e trabalhadores com vínculo empregatício (VECCHI, 2009, p. 292-293).

Desse modo, “a igualdade é expressão característica da justiça social e tem como objetivo evitar situações de injustiça e de exploração ao trabalhador” (MARQUES; ABUD, 2013, p. 9). Para

tanto, “onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”. Logo, a igualdade de tratamento garantida constitucionalmente trata das condições de exercício de funções e de fatores de admissão que devem ser iguais para todos em relação ao valor do trabalho (SILVA, 2012, p. 217-226).

Ao tratar do princípio da igualdade, Robert Alexy leciona que

*por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales em todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si há de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos [...]* (2002, p. 385)<sup>3</sup>.

Nesse sentido, “se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho” (BARBOSA, 1997, p. 26).

Atualmente, para que se possa pensar em cidadania, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença. Existe diferença entre homens e mulheres, porém são iguais em direitos. Uma vez alcançada a igualdade jurídica, as diferenças não podem ser afastadas (DIAS, 2015, p. 101).

Desse modo, conclui-se que “a discriminação tem por resultado a diferença de tratamento ou prejuízo à igualdade de oportunidades no emprego e na profissão” (LIMA, 2010, p. 174).

---

<sup>3</sup> Tradução livre da autora: “Portanto, o princípio geral de igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma maneira e que todos sejam iguais em todos os aspectos. Por outro lado, não pode permitir toda diferenciação e toda distinção se que haja algum conteúdo. Deve-se perguntar se e como pode ser encontrado um caminho intermediário entre estes extremos”.

As discriminações podem ser classificadas em duas maneiras: negativas e positivas. As negativas consistem em um tratamento menos favorável, acarretando prejuízo ou exclusão a uma pessoa ou grupo. As positivas, por sua vez, constituem-se em atitudes diferenciadoras, com o objetivo de “promover uma equalização social de grupos historicamente excluídos ou sub-representados dentro das esferas de poder na sociedade”, conferindo-lhes maior igualdade de oportunidades (LIMA, 2010, 241-243). Desse modo, determinadas discriminações são positivas, pois visam compensar e superar as diferenças. Mesmo que a lei trate de forma isonômica, o grande desafio é tornar as diferenças compatíveis com o princípio da igualdade (DIAS, 2015, p. 101).

Assim, “a busca da igualdade material legitima a criação de ações afirmativas, o que implica dizer que o princípio da igualdade não é absoluto, visto que poderá e deverá haver discriminações em lei para que a justiça social seja alcançada” (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 275).

Nessa perspectiva, quanto às ações afirmativas, é possível dizer que

[...] constituem medidas especiais e temporárias, que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social (PIOVESAN, 2016, p. 45).

Assim, não é permitido haver diferenciação quanto à raça, religião, cor, opinião política, extrato social e origem. Admite-se tratamento diferenciado quando houver certas necessidades particulares do trabalho, critérios especiais de proteção ou assistência, como a proteção à maternidade e medidas protetiva

em virtude de segurança do Estado. Posto isso, não deve haver distinções entre homens e mulheres (MARTINS, 2014, p. 539-540).

A título de exemplo, em relação à igualdade e a não discriminação salarial, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a proibição ao empregador de pagar salário diferenciado em razão do sexo (PERES, 2014, p. 86). Embora haja previsão legal, sabe-se que a realidade é outra. Destaca-se uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em que constatou-se que a renda média brasileira cresceu quase 50%, passando de R\$ 1.000,00 em 2004 para R\$ 1.595,00 em 2014. Os homens conseguiram um aumento de 43%, enquanto as mulheres de 61%. No entanto, os homens seguem ganhando mais do que as mulheres, numa média de R\$ 1.831,00 para homens, contra R\$ 1.288,00 para mulheres (2016).

Diante disso, torna-se insuficiente tratar o ser humano de forma geral, genérica e abstrata. É preciso especificar o sujeito de direito para que seja analisado em sua particularidade ou peculiaridade, uma vez que determinados indivíduos exigem um tratamento diferenciado e específico. É o caso das mulheres, por exemplo, que devem ser vistas e tratadas de acordo com as peculiaridades de sua condição social. “Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes asseguram um tratamento especial” (PIOVESAN, 2016, p. 37).

Lúcida e oportuna a advertência de Rui Barbosa,

a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (1997, p. 26).

Existem fatores como raça, cor, sexo, condição econômica, religião, dentre outros que tornam a sociedade a cada dia mais diversificada. Nesse sentido, conclui-se que a “pluralidade e as múltiplas faces da sociedade exigem intervenção estatal em maior ou menor grau, via normativa, dependendo do grau de necessidade e desigualdade em que determinado setor ou grupo se encontra” (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 276).

Há urgência em eliminar todas as formas de discriminação fundadas em critérios que objetivem a exclusão. Nesse sentido,

se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais (PIOVESAN, 2016, p. 45).

Logo, as discriminações fundadas em ações afirmativas não visam “tolher direitos, mas, pelo contrário, ampliá-los para o fim de zelar [...] para que haja justa igualdade em perfeita consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana” (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 274).

Constata-se, desse modo, que, para promover e assegurar a igualdade plena entre os seres humanos torna-se necessária a prática de discriminações positivas ou ações afirmativas. Ao utilizar essas medidas, busca-se garantir que as pessoas tenham acesso às mesmas oportunidades e tenham seus direitos resguardados, efetivando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3 O trabalhador do sexo feminino na seara trabalhista**

Para elucidar a imprescindibilidade de proteção ao trabalho feminino, far-se-á uma retrospectiva histórica acerca do trabalho

das mulheres no Brasil e no mundo, abordando os principais avanços e conquistas em diferentes épocas, que culminaram na concretização da igualdade de gênero e de direitos entre os trabalhadores.

Na Antiguidade, as mulheres não eram consideradas cidadãs, visto que apenas os homens podiam atuar politicamente, afastando-se, desse modo, as mulheres dos estudos e da participação da sociedade desde a sua infância. Assim, “[...] o papel da mulher na sociedade foi, primordialmente, o doméstico, cuidando de sua família e dos afazeres de seu lar, privando-se dos estudos alheios a esses assuntos [...]” (BARBUGIANI; BARBUGIANI, 2014, p. 2-3).

Na Idade Média as mulheres dedicavam-se à agricultura e à confecção de tapetes e vestuário. Entretanto, a partir da Revolução Industrial, as mulheres passaram a ser inseridas no sistema capitalista de produção em troca de baixos salários (GAMBA; MONTAL, 2013, p. 67).

No período industrial, com o início do capitalismo, houve grande exploração da mão de obra feminina e dos menores, visto que sua jornada de trabalho era de quatorze a dezesseis horas. Desta forma,

com a Revolução Industrial, uma fase de exploração desumana do trabalho iniciou-se. Mulheres e crianças, não obstante às condições pessoais mais frágeis, constituíam mão de obra barata e, por isso, foram os mais explorados pelos empregadores sedentos de lucro e vazios de compaixão (MARTINS, 118, 1997).

Para Paulo Henrique Schneider, “[...] a Revolução Francesa no século XVIII externou nos seus três princípios basilares – liberdade, igualdade e fraternidade – o conteúdo básico dos direitos fundamentais [...]” (2015, p. 20).

Aprovada em 1789, “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão referia-se de fato ao homem, ou seja, à pessoa do sexo masculino. A igualdade entre os sexos foi desconsiderada [...]. As

mulheres não tiveram seus direitos reconhecidos” (COIMBRA, 2011, p. 5).

Em resposta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no ano de 1971 Olympe de Gouger propôs a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Por meio deste documento, questionava-se o desprezo e o esquecimento das mulheres na sociedade. A luta das mulheres buscava a igualdade de direitos (SOUSA; SARAIVA; FERNANDES, 2012, p. 5). Diante desse fato, conclui-se que

quando finalmente a monarquia foi destronada, as novas cidadãs foram reivindicar os seus direitos junto a Assembleia do Povo. Esta redigira a Declaração dos Direitos do Homem, e as mulheres redigiram a Declaração dos Direitos da Mulher, mas quando sua autora Olympia de Gouges, foi apresentá-la à Assembleia reunida, os deputados do povo responderam: “A Revolução Francesa é uma revolução dos homens. Não podemos conceder os Direitos da Mulher porque hoje foi o dia em que nasceram os direitos do homem [...]” (SCHNEIDER, apud MURARO, 2000, p. 128).

A exploração do trabalho de mulheres e crianças tornava-se o preferido pela indústria, fazendo com que aumentasse o desemprego masculino. No século XIX, marcado pelas lutas da classe operária exigindo melhores condições de vida e de trabalho, observou-se a criação das primeiras leis trabalhistas protegendo o trabalho da mulher e dos menores, limitando-os à jornada de trabalho para dez horas e impedindo o trabalho nas minas subterrâneas, assegurando, assim, um mínimo de proteção (BARBUGIANI; BARBUGIANI, 2014, p. 4).

Promulgada em 1917, “a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos [...] tem sua importância assegurada por ser a primeira Constituição Social mundial, destacando-se pelo rol de direitos do trabalhador [...]” (SCHNEIDER, 2015, p. 24-25). Esta Constituição previa a igualdade salarial entre os sexos e medidas de proteção ao trabalho feminino em razão das suas características fisiológicas, assegurando licença remunerada de seis semanas



antes e seis semanas após o parto, garantindo a conservação do emprego e direitos obtidos da relação trabalhista, proibiu para as mulheres grávidas os trabalhos que exigissem esforço e causassem perigo para a saúde ou gestação e, ainda, o direito a dois descansos extraordinários de meia hora, durante a jornada, para amamentar seus filhos (BARBUGIANI; BARBUGIANI, 2014, p. 5).

Em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), após o fim da Primeira Guerra Mundial e a aprovação do Tratado de Versalhes, com o propósito de ajudar na retomada das condições de trabalho no mundo, que havia sido devastado pela guerra, procurando diminuir a miséria, promover a segurança e alcançar a pacificação entre os povos (PERES, 2014, p. 5).

A Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, visava efetivar a defesa dos direitos humanos, individuais, sociais, o bem-estar coletivo, a pacificação entre os povos e, também, tutelar o trabalho feminino. A ONU e a OIT estão vinculadas e buscam, através de convenções e recomendações, garantir a proteção do trabalho e a isonomia entre os trabalhadores, repugnando, assim, todas as formas de discriminação contra a mulher (BARBUGIANI; BARBUGIANI, 2014, p. 6).

Com a concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, inovou-se a ideia dos direitos humanos com a introdução da indivisibilidade e universalidade desses direitos, “sob a crença de que a condição de pessoas é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta com valor intrínseco à condição humana”. Assim, os direitos humanos são capazes de conciliar os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2016, p. 40).

Sobre a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, de 1967, é possível afirmar “[...] que a discriminação contra as mulheres, na medida em que nega ou limita a sua igualdade de direitos em relação aos homens, é

fundamentalmente injusta e constitui uma *ofensa à dignidade humana*” (MELLO, 2017, p. 61 – grifo do autor).

No Brasil, a situação da mulher trabalhadora não se diferencia muito do contexto mundial. Há amplitude de legislação nacional e internacional, porém a isonomia entre os gêneros ainda é uma realidade muito distante (SOARES, 2016, p. 10).

A Lei paulista n. 1.596, de 29 de dezembro de 1917, foi a primeira que estabeleceu uma medida de proteção à mulher trabalhadora, pois proibia o trabalho nas indústrias no último mês de gestação e no primeiro mês após o parto, objetivando a sua proteção. Do mesmo modo, o Decreto n. 21.417-A, de 17 de maio de 1932, foi a primeira norma que tratou da proteção da mulher em nível nacional, proibindo o trabalho nas minerações em subsolo, pedreiras, obras públicas, trabalho noturno, serviços insalubres e perigosos, descansos durante o dia para alimentar-se, e, também, estabeleceu o descanso para as obreiras de quatro semanas antes e após o parto. “Posteriormente, o Decreto n. 24.273, de 1934, previu o auxílio-maternidade à empregada do comércio” (BARBUGIANI; BARBUGIANI, 2014, p. 7).

Em relação à proteção ao trabalho da mulher no âmbito constitucional, destaca-se que

as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 preconizaram algumas normas de proteção ao trabalho feminino, destacando-se a de 1934 [...] e a de 1946 [...] que estabeleceram a proibição de trabalho insalubre, o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; a Constituição de 1937 proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres em indústrias e o direito à licença gestante sem prejuízo do salário; a Constituição de 1967 proibia a atividade feminina em indústrias insalubres, estabelecia descanso remunerado à gestante antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário, aposentadoria integral para a mulher aos 30 anos de serviços [...] (GAMBA; MONTAL, 2013, p. 76).

Criada pelo Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho concede um capítulo próprio destinado à proteção ao trabalho feminino, onde regulamenta a duração e condições do trabalho, trabalho noturno, período de descanso, proteção à maternidade, métodos e local de trabalho e aplicação de penas ao empregador que descumprir tais medidas (GODOY, 2015, p. 56).

O marco mais importante em prol do trabalho feminino no Brasil é,

de fato, a Constituição de 1988 trouxe a primeira significativa mudança na regulamentação do trabalho feminino no Brasil, eliminando do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício – ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho [...] (CANTELLI, 2007, p. 159).

Desse modo, apenas a Constituição Federal de 1988, vista como um dos maiores avanços no que tange aos direitos da mulher, reconheceu as reivindicações dos movimentos femininos, ampliando a cidadania, extinguindo a supremacia masculina e garantindo legalmente a igualdade de gênero (MATOS; GITAHY, 2007, p. 82).

Nessa senda, “a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho [...] são os principais diplomas legais sobre o trabalho humano no Brasil, e especificamente, sobre o trabalho feminino” (SOARES, 2016, p. 11).

Assim sendo, analisando o desenvolvimento histórico das mulheres no mercado de trabalho no âmbito nacional e internacional, verifica-se que durante muito tempo foram consideradas seres inferiores aos homens, trabalhavam em péssimas condições, em ambientes insalubres e percebendo salários ínfimos. Após anos de lutas e inúmeras reivindicações, as mulheres finalmente conseguiram melhorar suas condições de trabalho, foram reconhecidos seus direitos trabalhistas e alcançaram a posição de igualdade formal de gênero.

#### **4 O direito do trabalho e a perspectiva da igualdade de gênero**

Ao longo da história da humanidade, as lutas travadas pelas mulheres buscavam transformar suas condições e a efetivação de seus direitos através de um conjunto de iniciativas que visavam eliminar todas as formas de opressão e desigualdades. No entanto, apesar da evolução positiva dos direitos trabalhistas das mulheres, as práticas discriminatórias persistem até os dias de hoje.

Segundo Flávio da Costa Higa e Regina Stela Corrêa Vieira,

a igualdade sempre foi um tema bastante caro e espinhoso para a humanidade. Se, por um lado, todas as pessoas são diferentes e têm o direito de reivindicar essa distinção quando a igualdade for um fator de injustiça, por outro, não se pode ignorar que também são iguais e devem ter essa igualdade preservada quando a diferença constituir critério de discriminação. Assim, pode-se afirmar que o progresso da civilização tem sido marcado pela tentativa de aprimoramento na correção de distorções injustificadas, numa caminhada de passos trôpegos e pendulares em busca da sociedade justa, livre e solidária que se vislumbra ao horizonte (2013, p. 56).

Conforme visto alhures, a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico de uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres. Nesse sentido, verifica-se que

é o reflexo da impressionante transformação social que tomou corpo a partir da segunda metade do século XX e ainda não acabou. Trata-se da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a consequente preferência do homem ante a mulher, especialmente *nolocus* da família. Em seu lugar, delineia-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres. Desaparece a figura da chefia da sociedade conjugal e com ela as preferências e privilégios que sustentavam juridicamente a dominação masculina (LOPES, 2006, p. 407).

No que tange ao direito do trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite dispõe que os “fundamentos da proteção jurídica especial destinada à mulher são de ordem fisiológica, já que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e social, porque interessa a toda a sociedade a defesa e proteção da família humana” (2017, p. 623).

As normas de proteção das relações trabalhistas das mulheres devem restringir-se à promoção do seu trabalho, extinguindo qualquer discriminação e desigualdade social, por meio de normas que estimulem a contratação e a melhoria das condições de trabalho com o objetivo de alcançar a igualdade material entre homens e mulheres e a vedar a discriminação de gênero nas relações trabalhistas (GARCIA, 2017, p. 1097). “Admita-se que esta é a diferença biológica que justifica tratamento distinto para a mulher, mas toda exceção, nesse assunto, deve ser cautelosa” (LOPES, 2006, p. 420).

Atualmente, ainda persiste a necessidade da promoção do trabalho feminino, sendo o Direito extremamente importante para exercer este papel. No entanto, somente o Direito não tem o condão de transformar em realidade o ideal da efetiva igualdade entre homens e mulheres (LOPES, 2006, p. 408).

Desse modo, a principal ferramenta de combate ao preconceito e diferença de tratamento é a conscientização da sociedade e dos empregadores, compreendendo que as trabalhadoras necessitam de uma proteção especial no exercício de suas atividades, de modo a garantir os seus direitos fundamentais (GAMBA; MONTAL, 2013, p. 84).

Segundo Silvana Mara de Moraes dos Santos e Leidiane Oliveira,

as mulheres estão inseridas num contexto de desigualdade que, determinado por relações sociais historicamente construídas, coloca-as em situações de subordinação e opressão, advindas seja por se apropriarem historicamente de menos poder do que os homens; seja por seu pertencimento a uma classe dominada, alheia

à riqueza socialmente produzida ou, seja, ainda, por pertencer a uma raça/etnia historicamente oprimida (2010, p. 13).

Para Flávio da Costa Higa e Regina Stela Corrêa Vieira, embora tenham ocorrido mudanças ao longo dos anos, “mantêm-se em nosso ordenamento jurídico disposições relativas ao trabalho da mulher falsamente protetivas, que desqualificam as normas que deveras colaboram para a promoção da igualdade de gênero” (2013, p. 61).

Complementando essa visão, Paulo Henrique Schneider dispõe que “no contexto atual, a mulher ainda é o sexo frágil no contrato de trabalho, necessitando de proteção especial para que possa galgar seu espaço em situação de igualdade com o homem” (2015, p. 97).

Nesse sentido, salienta-se que

a discriminação de gênero ainda encontra solo fértil para germinar em nosso país o que justifica a permanência de alguns dispositivos que realmente visam à neutralização dos efeitos deletérios de preconceitos históricos. Por outro lado, o direito do trabalho deve extirpar determinados tratamentos injustificados constantes de suas normas, forjados sob um paradigma diverso acerca da condição da mulher. Diante disso, deve-se fomentar um debate amplo e constante sobre a relevância e atualidade das normas de proteção ao trabalho da mulher, do qual deve resultar, a depender do caso, a sua manutenção, proscrição ou extensão aos homens (HIGA; VIEIRA, 2013, p. 70).

Assim, a tutela legal especial deve bastar para que se torne efetiva e proíba práticas discriminatórias, não podendo ser utilizada para injustiças e nem para ocasionar abuso de direitos (CUNHA, 2010, p. 226).

Para Sandro Marcos de Godoy, “não há, pois, como fechar os olhos para a evidente necessidade de proteção à inserção da mulher no contexto laboral”. Com efeito,

desmerecer a necessária proteção ao trabalho da mulher é retroceder a tempos de maior angústia e plena insatisfação do trabalho feminino. A mulher não espera privilégio, pelo contrário, busca isonomia, porém, uma isonomia real, material, calcada na realidade em que é inserida no contexto social, qual seja, de parte fragilizada no mercado de trabalho há pouco dominado exclusivamente pelo homem (2015, p. 53-58).

Deste modo, observa-se que discutir o assunto em comento é de suma importância, haja vista que a igualdade de gênero nas relações trabalhistas, especialmente em relação à mulher, é um tema que necessita de cuidado legislativo, pois trata-se de interesse público, principalmente no que concerne a proteção dos direitos fundamentais e a efetivação da igualdade material perante homens e mulheres.

## **5 Considerações finais**

O presente estudo permitiu analisar o papel da mulher ao longo da história e a evolução de seus direitos na seara trabalhista. Nesse contexto, explorar a história da mulher trabalhadora e o desenvolvimento de seus direitos, é agregar elementos para o fortalecimento da reprovação de qualquer conduta discriminatória.

No tocante ao direito fundamental à igualdade, verificou-se que foi necessário percorrer um longo percurso histórico para a conquista da igualdade de direitos e de tratamento nas relações de trabalho. Entretanto, embora haja previsão legal, ainda persiste a incessante busca pela concretização da igualdade material entre gêneros.

Conforme visto, a conquista da igualdade de gênero e de direitos trabalhistas é fruto de um passado triste, injusto e conturbado, em que a mulher não tinha acesso às mesmas oportunidades que o homem. Assim, a evolução e conquista dos direitos trabalhistas das mulheres se deram a passos lentos, pois

foram necessários séculos para que se pudesse falar em direitos e igualdade.

Para entender o caráter compensatório de determinadas normas e ações afirmativas voltadas à proteção do labor feminino, é necessário fazer uma interpretação histórica, pois as desigualdades de gênero ainda existentes no mercado de trabalho são frutos de uma ideologia de proteção ao sexo frágil, considerando a mulher incapaz e inferior ao homem, revelando flagrantes injustiças. Nesse sentido, conhecer e compreender um pouco mais sobre a história das mulheres e a evolução de seus direitos trabalhistas, é fundamental para repudiar qualquer forma de discriminação e opressão que ainda persista.

Diante do cenário atual, a tutela específica da mulher no exercício da atividade laborativa deve guiar-se em prol da extinção de toda e qualquer forma de discriminação calcada no gênero, assegurando a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao trabalho e a garantia da igualdade material entre homens e mulheres.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Diretores: ElíasDáz García e Francisco J. Laporta San Miguel. Madrid: El Derecho y la Justicia, 2002.
- ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. até a EC 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARBUGIANI, C. H. Y; BARBUGIANI, L. H. S. A mulher e o direito do trabalho: evolução histórica da tutela legal ao trabalho do sexo feminino. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 78, n. 09, p. 01-13, set. 2014.



- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CANTELLI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.
- COIMBRA, P. C. dos S. *Direito das mulheres pós-constituição: um estudo descritivo*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2011.
- CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. *Direito do trabalho*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GAMBA, J. C. M.; MONTAL, Z. M. C. Tutela jurídica do trabalho da mulher: aspectos relevantes. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 39, vol. 152, p. 65-86, jul./ago. 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GODOY, Sandro Marcos. *A mulher e o direito do trabalho: a proteção e a dimensão constitucional do princípio da igualdade*. 1. ed. São Paulo: Boreal Editora, 2015.
- HIGA, F. C.; VIEIRA, R. S. C. Proteção ou discriminação? Passando a limpo algumas normas de tutela do trabalho da mulher. *Revista do TST*, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estudo detalha avanços femininos no mercado de trabalho*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27349](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27349)>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. *Manual de direito do trabalho*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Firmino Alves. *Contribuições para uma teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção*. Paraná: Cadernos Pagu, jan-jun, p.405-430, 2006.

MARQUES, F.; ABUD, C. J. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, A. O princípio da proteção e o trabalho da mulher e do menor. *Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, ano VIII, n. 97, p. 118-138, jul. 1997.

MATOS, M. L.; GITAHY, R. R. C. Evolução dos direitos da mulher. *Colloquium Humanarum*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

MELLO, C. M.; MOREIRA, T. *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PERES, Célia Mara. *A igualdade e a não discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional da proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari. (Org). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SANTOS, S. M. M.; OLIVEIRA, L. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katál*, Florianópolis v. 13, n. 1, p. 11-19 jan./jun. 2010

SCHNEIDER, Paulo Henrique. *A concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional: análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOARES, M. C. dos P. Anotações sobre a igualdade de gênero no direito trabalhista: perspectiva brasileira. *Revista LTr*. São Paulo, vl 80, n. 9, set. 2016.

SOUSA, K. P. de; SARAIVA, L.; FERNANDES, S. Breve análise da discriminação contra a mulher sob um enfoque socioantropológico. *Revista Direito & Dialogicidade*, Crato, ano III, v. III, dez. 2012.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009.



## **Aspectos polêmicos da despedida imotivada no ordenamento jurídico brasileiro**

*Jeane Taysa Andreolli<sup>1</sup>  
Paulo Henrique Schneider<sup>2</sup>*

### **Introdução**

Considerando-se o problema social do desemprego e a crise econômica do país, é de extrema relevância identificar a possibilidade ou não de proteção da dispensa imotivada dentro do contexto social atual, dado que existe no atual texto constitucional normativa que inibe tal despedida e conflito de interpretação quanto à aplicação ou não do preceito estabelecido, no momento da ruptura do vínculo de trabalho.

Desde os primórdios o trabalho esteve inserido na sociedade, e como fonte de subsistência dos indivíduos, é o único meio de sobrevivência e realização pessoal e social dos seres humanos, que trazem consigo direitos inerentes à sua condição, como a dignidade da pessoa humana, entre outros tantos direitos fundamentais, que evoluíram ao longo dos tempos.

O direito ao trabalho é o mais significativo dentre os direitos fundamentais, enquanto valor que deve ser preservado pelo Estado, e para que se conservem possibilidades mínimas de

---

<sup>1</sup> jeane.taysa@hotmail.com

<sup>2</sup> paulo@dss.adv.br

sobrevivência dos trabalhadores e o aperfeiçoamento das relações de trabalho é primordial à máxima valorização do trabalho.

Nesse sentido, é de ampla relevância a compreensão de que o trabalho é fundamental para uma vida digna, não sendo suficiente ao indivíduo somente satisfazer suas necessidades pessoais, em razão de que sua realização social é objeto determinante na concretização de seu direito ao exercício ao trabalho como um direito humano e fundamental.

Assim sendo, se objetiva analisar a doutrina e a jurisprudência para o esclarecimento de qual entendimento é mais adequado na busca plena da valorização social do trabalho e paz social, primazia de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista o conflito existente quanto à validade ou não da norma estabelecida na Lei Maior.

## **1 O trabalho enquanto Direito Fundamentale a Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**

O trabalho deve ser entendido como um valor existencial indispensável, sem o qual o ser humano não consegue sobreviver dignamente, sendo a razão pela qual o Direito ao Trabalho se assentou como um direito humano e fundamental do indivíduo.

Assim, tendo como ponto central do direito do trabalho o sujeito que trabalha e que obtém por meio do trabalho o desenvolvimento de suas necessidades humanas, trabalhar significa a realização do exercício de um direito fundamental (WANDELLI, 2013, p. 114).

De acordo com o artigo 6º da Constituição Federal<sup>3</sup>, o trabalho é compreendido como um direito social fundamental, além de que, é por meio do trabalho que o indivíduo encontra a realização social e desenvolve suas capacidades, garantindo assim

---

<sup>3</sup>Artigo 6º, caput da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

sua dignidade como pessoa humana. O direito ao trabalho é o mais significativo dentre os direitos fundamentais, enquanto valor que deve ser garantido e tutelado pelo Estado.

No entanto, historicamente o trabalho possui um valor supremo, como um alicerce na construção da identidade social da pessoa humana, assim como a confirmação da dignidade do ser humano.

Nesse contexto, torna-se clara a fundamentalidade do trabalho na vida do indivíduo, no sentido de uma vida digna e plena, podendo assim desenvolver suas habilidades tanto pessoais quanto sociais, e sentir-se parte de algo, de uma sociedade, sendo valorizado enquanto ser humano com capacidades. Assim sendo, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive” (BULOS, 2011 apud GIORDANI, 2013, p.188).

Dessa forma, os direitos fundamentais integram a estrutura básica do direito do trabalho, levando em consideração o envolvimento da pessoa do trabalhador na troca contratual de uma relação de trabalho, guardada constitucionalmente pelos princípios da dignidade humana, e por isso, esses valores fundamentais devem ter validade no direito do trabalho (ABRANTES, 2004 apud GIORDANI, 2013, p. 195-196).

E, para que as relações de trabalho sejam justas e honestas é vital a existência dos direitos fundamentais, por se tratar de uma área essencial na vida de um indivíduo e na formação da sociedade (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 101).

Para se chegar à eficácia extrema do direito fundamental, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário assentir o trabalho como fonte de dignidade, integração social e desenvolvimento do indivíduo e não somente uma forma de garantir sua subsistência (DUTRA, 2012, p. 283).

Nesse contexto, a Constituição afirmou o valor do trabalho e do direito do trabalho como meios primordiais de realização da pessoa humana, e não somente em seu particular, mas também

dentro da família e da sociedade, garantindo assim a efetivação da dignidade da pessoa humana (SILVA JÚNIOR, 2017, p. 12).

Dessa forma, é relevante ressaltar que para a efetividade da dignidade da pessoa humana é necessário existir direitos fundamentais que a propiciem, com o intuito de não se ter concepções variadas do que verdadeiramente seja a dignidade da pessoa humana, e é por isso que, constantemente a dignidade da pessoa humana é vista como fundamento dos direitos fundamentais, servindo como referência para a aplicação dos direitos que dela sucedem (FERREIRA, H. R.; FERREIRA, H. R., 2010, p.5).

Além disso, para que se mantenham condições mínimas de sobrevivência dos trabalhadores e a melhoria das relações de trabalho é essencial à máxima valorização do trabalho e atenção ao princípio do pleno emprego, ambos consagrados no texto constitucional, onde através do pleno emprego torna-se imperiosa a prática de todos os instrumentos em busca da melhoria das condições de vida dos indivíduos e da plena produção, tendo em vista que não se pode esquecer que é o trabalho o meio fundamental de dignificação da pessoa humana (SOUZA, 2008, p. 10).

A noção de dignidade da pessoa humana hoje vai além dos valores inerentes a personalidade do indivíduo em sentido particular, pois é também a realização social dele, em valores que incidem socialmente, e enquanto ser integrante de uma sociedade, através desse princípio garante o alcance de valores pessoais básicos e a viabilidade de afirmação no âmbito social, afirmação esta que surge pelo trabalho (DELGADO, 2006, p. 9).

É de extrema importância o entendimento de que o trabalho é essencial em busca de uma vida digna, sendo que não é suficiente ao indivíduo apenas satisfazer suas necessidades pessoais, em vista de que sua realização social é questão determinante na materialização de seu direito ao exercício ao trabalho como um direito humano e fundamental.



Desse modo, o trabalho como direito fundamental deve ser protegido sempre, fazendo com que os direitos inerentes aos trabalhadores consigam ser aplicados da melhor forma possível, assegurando aos indivíduos a plena afirmação da dignidade e ao Estado sua consagração como entidade social.

Com relação à eficácia dos direitos fundamentais, atualmente, tal tema é extremamente significativo, em vista do cenário em que vivemos de constantes mudanças, principalmente na esfera trabalhista. E, sobretudo, a expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais, essencial hoje no ordenamento jurídico pátrio, traz consigo a concepção de que tais direitos incorporam juntamente aos sujeitos públicos, os sujeitos privados, que, na maioria das vezes possuem tanto poder quanto o Estado, por estarem inseridos em uma sociedade capitalista, com grandes avanços econômicos e sociais.

Primordialmente, os direitos fundamentais surgiram como uma oposição do indivíduo ao comportamento arbitrário do Estado, para a proteção das liberdades individuais. Ao longo dos tempos, os direitos fundamentais passaram a ser aceitáveis também em relações entre privados, com o intuito de diminuir as desigualdades existentes, em virtude à sua esfera objetiva (GOULART; HASSON, 2008 apud GIORDANI, 2013, p. 189).

Dessa forma, desponta a ligação dos particulares aos direitos fundamentais, igualmente intitulada de eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, de tal maneira imprescindível para preservar as pessoas de seus semelhantes, ocasião que sujeitos privados também praticam ações contrárias à dignidade da pessoa humana, extrapolam do direito, segregam, comprimem os mais fracos e se privilegiam de centros de poder, que não são mais exclusivos do Estado (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 221).

Nessa sequência, dado que as relações de trabalho subordinado são predominadas pela desigualdade entre os particulares, figura incontestável o amplo emprego da eficácia

horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, uma vez que se tem de um lado o empregador, que possui o poder empregatício (econômico, regulamentar, diretivo e disciplinar), e do outro lado o empregado, hipossuficiente e frágil. (LEITE, 2012, p.6).

Portanto, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais estabelece significativo meio para a efetiva proteção da dignidade do indivíduo trabalhador e do trabalhador indivíduo, na medida em que a existência de centros privados de poder não se embaraça com anuência ou permissão para a consumação de ações que ofendam a licitude, a ética, a moral, o equilíbrio, a razoabilidade, o respeito e o bom-senso nas relações empregatícias (RENAULT; FABIANO, 2011, p. 227).

À vista disso, é imperiosa a direta e imediata eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho para que se assegure a preservação da pessoa enquanto trabalhador, garantido assim, a efetividade da dignidade humana enquanto princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito. Principalmente no âmbito trabalhista deve-se estar alerta acerca da tutela dos direitos fundamentais, objetivando harmonizar essa proteção com a autonomia privada das partes, que são pontuadas pela disparidade de poder.

## **2 Dispensa do trabalhador como direito potestativo: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção nº 158**

Como se sabe a dispensa enquanto extinção do vínculo de trabalho refere-se ao rompimento do contrato de trabalho por vontade única do empregador, também conhecida como despedida e/ou rescisão contratual, qual não existe a possibilidade de oposição por parte do trabalhador, cabendo-lhe apenas a aceitação, situação que gera insegurança nas relações de trabalho.

Identifica-se como dispensa do empregado a conduta do empregador em cessar a relação jurídica do contrato de trabalho, que ocorre apenas nos contratos por tempo indeterminado, reconhecido como um exercício de direito chamado de direito potestativo (SÜSSEKIND, et al. 2000, p. 567).

Assim, resguardadas as exceções previstas em lei, o empregador possui o direito potestativo de dispensar o empregado, sem justa causa, extinguindo o contrato de trabalho, contudo, tem a obrigação em reparar economicamente o indivíduo (MARTINS, 2014, p. 402-403).

No nosso país, permanece há décadas, a probabilidade jurídica da simples extinção do contrato de trabalho por ato exclusivamente arbitrário do empregador. Em resumo, trata-se de uma denúncia vazia do contrato, dispensar sem justa causa ou sem qualquer outro motivo significativo, sob uma perspectiva socioeconômica. Nos padrões predominantes no Direito pátrio, essa manifestação de vontade possui condição potestativa, receptícia e constitutiva, com impactos imediatos a parte contrária (DELGADO, 2011, p. 1099-1100).

Logo, verifica-se que tange como um insulto à dignidade do empregado o poder existente do empregador em dispensá-lo por vontade própria e sem justificativa, mesmo através de uma indenização compensatória (BOMFIM, 2009, p. 4-5).

Nesse sentido, é incoerente que se preserve a prerrogativa imperativa e plena do empregador em proporcionar a despedida arbitrária do empregado. Convivemos em um Estado Democrático de Direito, em que a Carta Magna determina, como primeiro direito fundamental social dos trabalhadores “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, conforme artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal. Logo, é indiscutível que existe o direito à segurança no emprego no ordenamento jurídico pátrio (SCHNELL, 2010, p. 131-132).

Não é admissível que, até então, se compreenda que na ocasião em que o texto constitucional em vigor pretendeu proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, estaria conferindo uma proteção exercida por meio de um pagamento de compensação indenizatória, quer dizer, estabelecendo uma proteção em benefício da demissão e não do emprego (MACIEL, 1994 apud SCHNELL, 2010, p. 132).

Ainda, segundo Alice Monteiro de Barros, sobreveio um recuo na proteção do emprego na atual Constituição, se preservando inteiro o poder potestativo de despedir, livremente de motivação, sendo que, a falta de uma tutela efetiva em face da dispensa incentiva a desigualdade social e inibe o desenvolvimento (BARROS, 2002 apud SEVERO, 2011, p. 106).

Ademais, a Constituição de 1988, com a criação da lei do FGTS em 1966 afastou a estabilidade, permitindo que os empregados de hoje possam ser dispensados com ou sem justa causa legítima, obtendo somente os depósitos bancários com acrescência em 40% sobre o seu valor corrigido (NASCIMENTO, 2011, p. 1158).

Em vista disso, é indiscutível que o regimento do FGTS foi constituído com o objetivo de suprimir a estabilidade no emprego (SÜSSEKIND, 2000, p. 686).

Não obstante, desde o afastamento da estabilidade de emprego no ordenamento pátrio, a dispensa tem sido conhecida como um direito potestativo do empregador, sendo a despedida arbitrária a realidade (REIS; RODRIGUES, 2017, p. 4-5).

Em suma, a possibilidade jurídica reconhecida aos empregadores para dispensarem seus empregados promove uma ampla rotatividade de mão-de-obra, que além de intensificar o desemprego, contribui para a insegurança nas relações trabalhistas, e enfraquece a condição do trabalhador, ocasionando a precarização das circunstâncias de trabalho. Desse modo, o direito pode consolidar um indicador de segurança e dignidade nas relações trabalhistas, que proteja o indivíduo no contexto

produtivo, e também, favoreça as políticas econômicas (SOUTO MAIOR, 2004, p. 47).

Contudo, identifica-se a importância do instituto do poder potestativo no ordenamento jurídico atual, no sentido de que se faz imprescindível impor limites a essa prerrogativa do empregador, uma vez que é de grande valor a necessidade de proteção dos direitos de personalidade do trabalhador, visando à efetivação da função social da empresa e do contrato de trabalho, como forma de assegurar a dignidade ao trabalho, assim como a própria dignidade do trabalhador, máxime das relações jurídicas.

Ademais, a OIT que se refere a uma agência das Nações Unidas, fundada com o intuito de promover a justiça social, possui como missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.

E, como um tratado internacional, temos a Convenção nº 158 da OIT que versa sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, buscando a proteção e manutenção do trabalhador na relação trabalhista, visando a plena eficácia da dignidade humana e o equilíbrio de tal relação.

Desde a instauração da OIT desempenha-se importante função na internacionalização do Direito do Trabalho, promovendo a padronização de normas trabalhistas fundamentais e a sua adequação com a diretriz interna dos países que oficializam seus tratados e convenções (PINTO, 2014 apud ALVARENGA, 2017, p. 87).

Em seguimento, compete entender a Convenção nº 158, de extrema importância para o tema tratado no presente artigo. Ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 68, de 17 de setembro de 1992, após promulgada pelo Decreto nº 1.885 e publicada no Diário Oficial da União, em 11 de abril de 1996, entrando em vigor em nosso país. Sendo que, pouco tempo após a sua publicação, o Governo realizou denúncia à referida Convenção, de acordo com o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996.

O artigo 4º da Convenção nº 158 dispõe que “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Tal Convenção afasta do empregador o direito potestativo de despedir o empregado, sem desviar qualquer parte de seu poder de direção. A empresa passa a ser vista naquilo que possui de social, na qualidade de geradora de empregos (HENRIQUE, 1996 apud BARAN, 2016, p. 97).

E como é sabido no nosso país existe uma alta rotatividade de mão-de-obra, e isso muito decorre da liberdade que o empregador possui em desfazer unilateralmente o contrato de trabalho, sendo que estes contratos deveriam satisfazer a sua função social, assim como o bem comum.

A tutela em face da dispensa não quer dizer que o empregador está impossibilitado de dispensar os trabalhadores. Ocupa-se de determinar que a despedida ocorra por uma causa justificada, isto é, o empregador tem de expor os motivos esclarecedores de que não é arbitrário o propósito de findar a relação de trabalho. A preservação em prol do trabalhador no instante da despedida se justifica com os mesmos fundamentos do Direito do Trabalho, com a acessão que sem essa especial tutela o Direito do Trabalho perderia sua eficácia (GUNTHER, 2016, p.7).

No entanto, citada denúncia, não foi sujeita ao Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 49, I, da Constituição Federal<sup>4</sup>, dando ocasião a ADI 1526, em virtude do Decreto Presidencial, que até este momento acha-se pendente de julgamento. Ponderoso evidenciar que o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Rosa Weber já enunciaram voto de total procedência à asserção de inconstitucionalidade. (BARAN, 2016, p. 95).

---

<sup>4</sup>Artigo 49, da Constituição Federal: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Ocorre que a validade e eficácia formal de mencionada disposição encontram-se distante de ser solucionada, talvez de forma positiva. Todavia, tal circunstância não retira completamente a aplicação da Convenção nº 158 em situações singulares, na qualidade de fonte material de Direito, em particular pelo que ordena o art. 4º da Lei nº 4.657/42<sup>5</sup> (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e art. 8º da CLT<sup>6</sup>, auxiliando como modelo e princípio orientador na execução da legislação ao caso concreto (BARAN, 2016, p. 95).

Quanto aos vícios formais percebidos por uns doutrinadores na denúncia, o que direcionaria à sua nulidade, existe quem defende que a Convenção 158 da OIT jamais deixou de incluir-se na nossa ordem jurídica, em razão de que é uma regra definidora do direito fundamental ao trabalho, harmoniosa com os princípios e normas da Constituição em vigor na atualidade. De tal grau que ela não poderia ter sido abolida do nosso direito positivo, nem sequer por uma denúncia, uma vez que compreende um direito irrenunciável ao trabalho a que não é facultado ao chefe do Executivo prescindir (COELI, 2000, p. 2).

A Constituição de 1988 e a Convenção cuidam da mesma proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. E a questão que até agora permanece é a ausência da lei complementar que a Constituição impõe para dispor os princípios por ela recomendados e pela convenção ratificada. Todo esse cenário, enfim, demonstra que a Convenção n. 158 da OIT não enegrece a Constituição Brasileira, bem como serve de relevante suporte para edição da lei complementar que regularizará a

---

<sup>5</sup>Artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto Lei 4.657/42: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>6</sup> Artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

controversa proteção contra a despedida arbitrária em nosso ordenamento jurídico pátrio (ALLY, 1996, p. 11-12).

As disposições da Convenção são, obviamente, constitucionais. A Carta Magna, no art. 7.º, I, como observado anteriormente, proíbe a dispensa arbitrária, pontualmente o que faz a Convenção 158, constatando a evidente conformidade entre os dois sistemas (SOUTO MAIOR, 2004, p.7).

Assim, verifica-se a importância da Convenção no sentido da plena aplicação do princípio da proteção e da continuidade nas relações de trabalho, visando principalmente à dignidade humana do trabalhador e o equilíbrio entre as partes – empregado e empregador, além da compreensão a respeito da Organização Internacional do Trabalho, como uma entidade que visa prioritariamente a busca pela justiça social e melhores condições de trabalho, principalmente na atual conjuntura política, econômica e social dos países em crise.

### **3 A despedida imotivada à luz da Constituição Federal Brasileira**

A despedida traduz a ruptura do contrato de trabalho por tempo indeterminado, ou seja, é uma modalidade de extinção do contrato de trabalho. E entre as modalidades mais comuns de término do vínculo trabalhista estão a despedida com justa causa e a despedida sem justa causa, sendo essa última, também conhecida como despedida imotivada ou arbitrária, qual enseja o foco do presente trabalho.

Essa modalidade, de despedida imotivada, apresenta uma questão relevante de ser debatida e analisada, uma vez que o Direito do Trabalho visa a proteção do trabalhador como um dos principais princípios da sua própria origem, além de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, qual tem entres seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.



No entanto, o texto constitucional refere-se a uma proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, prevista no inciso I do artigo 7<sup>o</sup>, condicionada a criação de uma lei complementar para sua regulação, e que até o momento não editada, limita tal proteção ao pagamento de multa atinente a 40% do FGTS, e assim, o Estado posterga a solução desse conflito social (GASPAR, 2011, p. 7).

Perante os princípios e normas fundamentais da Constituição de 1988, que preservam a dignidade humana e os valores sociais do trabalho, não pode o trabalhador ficar sujeito somente a ofício dos interesses econômicos empresariais, que se interessam apenas com a expansão de seus lucros e diminuição de seus gastos (GOMES, 2005 apud BIALESKI, 2010, p. 10). À vista disso, constata-se a imprescindibilidade de impedir atos do empregador que atentem aos direitos de personalidade do empregado, sendo que nos termos do texto constitucional o empregador é impedido de praticar tais atos (BIALESKI, 2010, p. 10).

Além de que, a indispensabilidade de subsistência e instabilidade no emprego provocam situações de violação a direitos básicos da personalidade, colaborando para a precarização e depreciação social do trabalho, pois com a possibilidade de ser despedido de uma hora para outra, sem motivo, o trabalhador se sujeita a qualquer trato invasivo à dignidade da pessoa humana (SCHNELL, 2010, p. 121).

Atualmente, o desemprego é o maior impasse social, e numa sociedade capitalista, é a razão de diversos transtornos que impactam em toda a sociedade, bem como arruinam o ser humano. Esse revés tem conexão com o meio de regularização das relações trabalhistas. A possibilidade jurídica reconhecida aos

---

<sup>7</sup>Artigo 7<sup>o</sup>, da Constituição Federal: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

empregadores para despedirem seus trabalhadores estimula o desemprego assim como promove a insegurança nas relações de trabalho. Desse modo, o papel primordial a ser realizado pelo direito do trabalho na atual época, todavia, é o de impedir o desemprego excessivo e descabido, que somente auxilia para promover a utilização de contratos que desvalorizam seus fins sociais e causam insegurança na sociedade (SOUTO MAIOR, 2004, p. 47).

E quando se trata do término do contrato de trabalho é de extrema relevância o valor da autonomia privada e suas limitações, assim como o reconhecimento de um poder dado ao empregador de verticalização das relações empregatícias. A particularidade que o trabalho subordinado contrai na fase moderna, de situação de viabilidade de subsistência, tanto para o trabalhador como para sua família, e como meio de integração social, traz a proporção da importância que a privação do trabalho tem na realização das relações sociais (SEVERO, 2011, p. 42).

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 abrangeu como finalidade essencial a modificação da sociedade e diminuição evolutiva da desigualdade socioeconômica presente entre seus integrantes a partir do apreço e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, como elemento de desenvolvimento social e mecanismo de cidadania, o trabalho tem de ser tutelado e estimado na máxima força, em razão de que possui a responsabilidade de assegurar uma sociedade mais justa, direcionada à diminuição das desigualdades sociais e, conseqüentemente, aumentando e asseverando maior dignidade a todos os indivíduos (MARQUES, 2007 apud DANTAS, 2016, p. 64).

Nessa lógica, a inércia do legislador não pode negar os efeitos de um preceito da Constituição, pois do prenúncio constitucional não se pode compreender que a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa necessite de lei complementar para ter efetividade jurídica, visto que a norma não gera nenhuma

dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa ocupa-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Se está perante um preceito de eficácia plena, qual a complementação imposta a esta regra relaciona-se aos efeitos da desobediência da garantia constitucional (SOUTO MAIOR, 2004, p. 48).

Portanto, “a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa positivada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental enseja aplicação imediata e a vinculação das entidades públicas e privadas” (ALMEIDA, 2012, p. 83-84).

Por outro lado, a doutrina majoritária do sistema pátrio considera que o referido artigo 7º, inciso I, da CF não possui aplicação plena. Nessa lógica, entendem que se está frente a uma regra de eficácia jurídica limitada, não exequível, em que se delimitou o âmbito de eficácia do preceito de conteúdo programático, através da edição de uma futura diretriz constitucional para atingir plena eficácia. Por isso, tal regulamento apresenta uma relativa eficácia jurídica, encontrando-se desprovido de gerar efeitos no plano constitucional, em virtude da ausência de um projeto constitucional a ser elaborado por meio de uma lei infraconstitucional (ALVARENGA, 2007, p. 67).

Sobrevém que, o art. 7º, inc. I, da Constituição Federal não é somente e mais uma regra simplesmente programática inteiramente pendente de legislação futura. É, na realidade, preceito constitucional absolutamente capaz de ser efetuado de imediato a todas as relações empregatícias e, dessa forma, proibir a despedida arbitrária ou sem justa causa de trabalhadores mesmo na inexistência de lei complementar e ainda que não tenham estabilidade ou outra garantia de emprego exclusiva. Esse é o sentido mínimo do dispositivo constitucional em exame, que objetiva, em seu âmbito, estabelecer limites ao poder do empregador, que não é pleno, e suprimir a arbitrariedade para a realização das despedidas arbitrárias ou sem justa causa,

adequando os interesses do capital com os do trabalho (DANTAS, 2016, p. 75-76).

Convém ainda, mencionar que a Convenção 158, que visa a manutenção do emprego, é compatível com a Constituição brasileira (art.7º, I) no que concerne a proibição da despedida arbitrária, tendo assim os seus termos como constitucionais. É fato que a Constituição aponta à lei complementar - que tem quórum qualificado para aprovação - a definição da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o conteúdo da Convenção não fora aprovado em Lei complementar. Contudo, conforme mencionado, a ausência da lei complementar não impede a validade da norma constitucional, que refere-se a determinar o fundamento de que se deve reprimir a despedida arbitrária e que a realização de tal princípio não depende de uma regra positiva que o regularize. Destarte, uma lei complementar não pode impossibilitar sua eficácia, sendo capaz no máximo de regular a regra constitucional. Por isso, a Convenção 158, encontrando-se de acordo com a norma constitucional disposta no art. 7.º, I, complementa-o, não possuindo legitimidade a alegação de que a inexistência de lei complementar, em razão de seu quórum qualificado, recusa a aplicação da Convenção, inclusive pela razão da elaboração de uma Convenção, que se dá no cenário internacional, que impõe mais formalismos que uma lei complementar, sendo resultado de uma extensa maturidade internacional quanto aos assuntos por ela tratados. Ademais, o § 2.º do art. 5.º da CF<sup>8</sup>, determina que os tratados internacionais - gênero do qual consistem espécies as Convenções da OIT - são preceitos complementares às garantias individuais e coletivas convencionadas na Constituição. (SOUTO MAIOR, 2004, p. 56-57).

---

<sup>8</sup>Art. 5º,da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Cabe também evidenciar que a mencionada Convenção é o integral reconhecimento do princípio da continuidade do vínculo empregatício e resulta das normas de ordem pública, fundamentais, que qualificam a intervenção do Estado, para tutelar legalmente o trabalhador no mercado de trabalho, incentivando assim a preservação do trabalhador na relação jurídica trabalhista, considerando-se a clara hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador. Em vista disso é que o diploma convencional e o art. 7º, inciso I, estão extensivamente sustentados pelo conjunto de princípios específicos que salientam o Direito do Trabalho Brasileiro. Assim, o preceito constitucional que impede a dispensa arbitrária ou sem justa causa abrange eficácia plena. (ALVARENGA, 2007, p. 68).

A despedida imotivada de trabalhadores, em uma sociedade demarcada por grandes taxas de desemprego, que propicia, dessa forma, o predomínio da lei da oferta e da procura e que institui aos trabalhadores situações de trabalho desumanas e redução de suas garantias e remunerações, abala a consciência ética necessária para com a dignidade do trabalhador e, diante disso, deve ser, de forma eficaz, impedida pelo ordenamento jurídico (SOUTO MAIOR, 2004, p. 63).

A Constituição ao assegurar uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária determina um dever fundamental conexo de forma direta ao direito nele atribuído aos trabalhadores. O dever de motivação da realização da denúncia, apesar de ser do empregador, pressupõe do mesmo modo dever do Estado, pois o empregador tem o dever de motivar a denúncia, enquanto o Estado possui a responsabilidade de reivindicá-lo, modificando o raciocínio nas relações trabalhistas. O dever de fundamentar a despedida está compreendido no teor do art. 7º, inc. I da CF, posto que não tem como asseverar relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, a não ser impondo ao empregador uma justificação apropriada para a ruptura do vínculo trabalhista. Os preceitos do referido dispositivo constitucional

proíbem, assim, qualquer tipo de despedida que não seja justificada por um motivo lícito. Refere-se a um dever fundamental, pois excede o âmbito jurídico das partes, considerando a relevância social (SEVERO, 2011, p. 198-200).

Portanto, verifica-se que a partir da Constituição de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro objetivou a máxima preservação da constância das relações de trabalho, de acordo com o que se compreende do conteúdo do artigo 7º, inciso I, da CF. Assim, resta evidenciada a necessidade de aplicação direta e imediata de tal dispositivo no intuito de impossibilitar o exercício da despedida imotivada, em razão de que o direito potestativo do empregador é claramente oposto ao que está estabelecido na Magna Carta.

Em suma, se entende que para a efetivação da justiça social e a promoção da dignidade do trabalhador, assim como da proteção plena do trabalho, é indispensável o reconhecimento e materialização do que está disposto no texto constitucional no que diz respeito ao tema, visto que consagrados como garantias e direitos fundamentais, enquanto norma suprema de regulação das relações jurídicas.

## **Conclusão**

O direito ao trabalho é positivado na Constituição como um direito fundamental social, e atualmente, em virtude do poder diretivo do empregador e a ausência de lei complementar que regule a vedação da despedida arbitrária ou sem justa causa prevista no art.7º, inciso I, da CF, tal ato é possibilitado, mediante pagamento de mera indenização, criando assim, uma insegurança jurídica nas relações de trabalho, confrontando a proteção do trabalhador, princípio máximo que norteia o âmbito trabalhista.

Dentre todas as modalidades de extinção do vínculo trabalhista, apresenta-se maior atenção à despedida imotivada, qual é considerada com relevância destacada na sociedade trabalhista, assim como na sociedade em geral, devido ao atual

problema social do desemprego e a grande rotatividade de mão-de-obra. Com a globalização, o cenário trabalhista sofreu grandes influências, pois para atingir cada vez mais resultados positivos, o mercado de trabalho pautou sua preocupação basicamente na produção, deixando a desejar na valorização e reconhecimento de direitos pertinentes àqueles que efetivamente buscam incansavelmente tais resultados, os trabalhadores, que para garantirem seu espaço neste mercado impetuoso se sujeitam a qualquer condição, para assim não perderem seu meio de subsistência.

Importante ressaltar que, em referência aos direitos fundamentais o ordenamento jurídico brasileiro reconhece sua efetividade horizontal, inerente as relações privadas, objetivando dirimir as desigualdades existentes entre trabalhador e empregador, tendo em vista o desequilíbrio de poder entre as partes, situação que ocorre veementemente em nosso país. Dessa forma, a valorização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é forma considerável de proteção a dignidade do indivíduo trabalhador, e conseqüentemente, do seu lugar de trabalho.

Entre as soluções trazidas pela doutrina para solucionar o conflito de aplicabilidade ou não do preceito normativo do artigo 7º, inciso I, da CF, salienta-se que, de acordo com a corrente predominante o referido artigo possui eficácia limitada, não podendo, portanto, gerar o efeito de proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa. Por outro lado, a outra corrente defende que se está diante de uma norma de eficácia plena e imediata, pois restou clara a intenção do legislador em vedar e impossibilitar o direito potestativo do empregador de despedir sem motivo algum o trabalhador, sendo tal norma constitucional capaz de atingir sua finalidade.

Portanto, perante o atual cenário social, que vive frequentes mudanças e evoluções, por ser o princípio da proteção um preceito tido como absoluto e considerável na esfera do direito do trabalho,

e ser o trabalho condição imprescindível para a subsistência e realização social do indivíduo, deverá existir a motivação da despedida, assegurando-se assim, a dignidade humana de todos os trabalhadores e seus direitos fundamentais.

Isso se fundamenta tanto pelas condições precárias de trabalho quanto pela desvalorização pelas quais os trabalhadores sofreram ao longo dos tempos, assim como, pelo reconhecimento dos embates que enfrentaram com o propósito de ter legitimada e reconhecida a proteção em busca de melhores condições de trabalho, bem como, a garantia de respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, e de seus direitos fundamentais e trabalhistas nas relações laborais.

## Referências

- ALLY, Raimundo Cerqueira. Garantia de emprego e a Convenção N. 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 94/1996, p. 24 - 39, Abr - Jun / 1996. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc50000016196e1d5dd4406355b&docguid=173e80920f25611dfab6fo1000000000&hitguid=173e80920f25611dfab6fo1000000000&spos=4&epos=4&td=110&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 10 fev. 2018.
- ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa = Protection against arbitrary dismissal or without just cause. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 40, p. 79-84, jan./jun. 2012. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/104239/2012\\_almeida\\_renato\\_protacao\\_contra.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/104239/2012_almeida_renato_protacao_contra.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 6 dez. 2017.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. *Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações*, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, jan. 2007. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/80598/2007\\_alvarenga\\_rubia\\_organizacao\\_internacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/80598/2007_alvarenga_rubia_organizacao_internacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 2 fev. 2018.



\_\_\_\_\_. A proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248525>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

BARAN, Kelly Pauline. A eficácia da Convenção n.158 da OIT vinculada ao seu conteúdo normativo de proteção aos direitos fundamentais. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 48, p. 94-103, mar. 2016. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87746/2016\\_baran\\_kelly\\_eficacia\\_convencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87746/2016_baran_kelly_eficacia_convencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 8 fev. 2018.

BIALESKI, Roseli de Fátima. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 139/2010, p. 155 - 182, Jul - Set, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc500000160753e01ebed7c8b3c&docguid=198714303a5711e0baa700008558bb68&hitguid=1988714303a5711e0baa700008558bb68&spos=1&epos=1&td=31&context=50&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 dez. 2017.

BOMFIM, Benedito Calheiros. A despedida arbitrária e a dignidade do trabalhador. *Tribunal Superior do Trabalho - Coordenadoria de documentação*. Brasília, p. 1-7, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290538174218181901.pdf>> Acesso em: 5 dez. 2017.

BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/360964.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

COELI, Patrícia de Castro E Collier. Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no ordenamento constitucional de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 33/2000, p. 206 – 242, Out - Dez / 2000. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc50000016196e7778a909161fa&docguid=I4213b780f25311dfab6f010000000000&hitguid=I4213b780f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=110&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc50000016196e7778a909161fa&docguid=I4213b780f25311dfab6f01000000000&hitguid=I4213b780f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=110&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)> Acesso em: 10 fev. 2018.

DANTAS, Adriano Mesquita. A tutela jurisdicional efetiva e específica do direito fundamental ao trabalho: instrumento de controle judicial das despedidas arbitrárias ou sem justa causa. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 48, p. 62-93, mar. 2016. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87743/2016\\_dantas\\_adriano\\_tutela\\_jurisdicional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87743/2016_dantas_adriano_tutela_jurisdicional.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso em: 6 mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais nas relações de trabalho, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 123/2006, p. 143 – 165, Jul - Set / 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b0000015f154082b70bf29384&docguid=Iaa0042dof25511dfab6f010000000000&hitguid=Iaa0042dof25511dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 3 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 256-287, out./dez. 2012. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/35839/013\\_dutra.pdf?sequence=3](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/35839/013_dutra.pdf?sequence=3)> Acesso em: 2 out. 2017.

FERREIRA, Hélio Rios; FERREIRA, Heliomar Rios. A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 73/2010, p. 192 - 205, Out - Dez / 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad82d9b000015f1559b9ff29c4c33&docguid=I321002003e5f11e09ce30000855dd350&hituid=I321002003e5f11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=109&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 4 out. 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 141/2011, p. 99 - 141, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc60000016057affab7f94eeao9&docguid=Ic1fb321067ed11e0b01700008558bb68&hituid=Ic1fb321067ed11e0b01700008558bb68&spos=1&epos=1&td=27&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 6 dez. 2017.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 182-198, abr./jun. 2013. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39824/007\\_giordani.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39824/007_giordani.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 3 out. 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A Convenção número 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional da 9ª Região*. Curitiba, PR, v. 5, n. 48, p.7-34, mar. 2016. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87792/2016\\_gunther\\_luiz\\_convencao\\_numero.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87792/2016_gunther_luiz_convencao_numero.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 8 fev. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Fórum Trabalhista - RFT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=78520>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Daniela Muradas; RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier. A Reforma Trabalhista e o Agravamento da Crise do Direito Sindical Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 985/2017, p. 89 – 103, Nov / 2017. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc5000001610145d48b28b31bob&docguid=119191480b4af11e78983010000000000&hitguid=119191480b4af11e789830100000000000&spos=1&epos=1&td=2418&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 16 jan. 2018.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Eficácia horizontal fundamentais nas relações de emprego: alguma verdade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 204-230, out./dez. 2011. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28341/008\\_renault\\_fabiano.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28341/008_renault_fabiano.pdf?sequence=3&isAllowed=y)> Acesso em: 18 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28342/003\\_sarmento\\_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y)> Acesso em: 2 out. 2017.

SCHNELL, Fernando. Abuso de direito na despedida arbitrária. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Ano VI, Número 100, 1ª Quinzena de Julho de 2010. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/PDF%20-%20A/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20TRT%204/2010/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%20n.%20100%20art.2%202010.pdf>> Acesso em: 7 dez. 2017.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA JÚNIOR, Antônio Braga da. A fundamentalidade dos direitos trabalhistas: uma diretriz constitucional ainda pendente. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 174/2017, p. 123 - 150, Fev / 2017. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b0000015f154d12969aabe2cc&docguid=I447126c0cd7611e699f9010000000000&hitguid=I447126c0cd7611e699f9010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 4 out. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 25, p. 47-63, jul./dez. 2004. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/106535/2004\\_maior\\_jorge\\_protecao\\_dispensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/106535/2004_maior_jorge_protecao_dispensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 6 dez. 2017.

SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. Flexibilização trabalhista: entre o pleno emprego e o direito fundamental do trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 130/2008, p. 261 - 274, Abr - Jun / 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b0000015f1554aco1ffbe8e67&docguid=I5a84dc1of25611dfab6fo10000000000&hitguid=I5a84dc1of25611dfab6fo10000000000&spos=6&epos=6&td=9&context=92&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 4 de out. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19 ed. São Paulo: LTr, 2000.

WANDELLI, Leonardo Vieira. A reconstrução normativa do direito fundamental ao trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 95-122, out./dez. 2013. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55989/006\\_wandelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55989/006_wandelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 2 out. 2017.



## Concessão do salário-maternidade à segurada especial menor de 16 anos

*Viviane Variani<sup>1</sup>*  
*Edimara Sachet Risso<sup>2</sup>*

### Introdução

A legislação brasileira determina que o produtor rural pessoa física que não possui empregados, que exerça a atividade individualmente ou com auxílio da família, em regime de economia familiar é considerado segurado especial do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). E classifica os membros da família (cônjuge ou companheiro, filhos maiores de dezesseis anos ou a estes equiparados), desde que comprovem atividade, também como segurados especiais.

A idade mínima prevista em lei para que os indivíduos sejam considerados segurados da previdência passou de quatorze para dezesseis anos de idade com a Emenda Constitucional n. 20 de 1998. Logo, a legislação considera que, antes de completar dezesseis anos de idade, o agricultor não é segurado da Previdência, não tendo direito, portanto, à sua cobertura. Por essa sistemática, a agricultora que requerer o benefício de salário-maternidade terá seu pedido indeferido, pois o Instituto Nacional

---

<sup>1</sup> vivianevariani@outlook.com

<sup>2</sup> edimara@upf.br

de Seguro Social é fiel ao cumprir do disposto em lei, como autarquia subordinada ao princípio da legalidade, próprio da administração pública.

O principal objetivo na mudança da legislação operada a partir da Emenda Constitucional n. 20/1998, sem dúvida algum, foi o de proteger o menor de dezesseis anos contra o trabalho infantil. Ocorre que, tal regra aplicada ao âmbito previdenciário acaba por prejudicar ao invés de proteger, já que a diminuição da idade acabou por excluir da cobertura os segurados especiais que se encontram na faixa entre os quatorze e os dezesseis anos de idade, sem que nada se alterasse em seu dia a dia, seja em razão da sua peculiar situação de agricultor, seja porque a família continuou contribuindo pelos mesmos parâmetros anteriores à referida Emenda.

Logo, o presente artigo tem como objeto de estudo o Regime Geral de Previdência Social, com ênfase para o benefício de salário-maternidade concedido às seguradas especiais entre os quatorze e os dezesseis anos de idade. O objetivo é analisar a existência de segurança jurídica que entorna o tema. O interesse pelo tema surge diante da necessidade de verificar-se a posição dos Tribunais brasileiros, no que tange à concessão do benefício à agricultora, quando menor de dezesseis anos de idade.

O assunto revela-se de importância em especial devido ao aumento do número de grávidas adolescentes e seu impacto na sociedade, tema de alta relevância social.

Para tanto, é necessário compreenderem-se as regras que disciplinam a Previdência Social no Brasil, seus regimes, os benefícios e os beneficiários, principalmente no que diz respeito ao benefício de salário-maternidade, que será analisado de maneira minuciosa por meio do método bibliográfico de procedimento.

## **1 Proteção previdenciária**

A proteção previdenciária objetiva proporcionar ao indivíduo a devida proteção em momentos nos quais não pode, por seu



próprio trabalho, promover o seu sustento. A legislação impõe ao Estado a proteção da mulher e de seus direitos, no que tange à proteção à maternidade, já que concilia a vida profissional com o evento da maternidade.

Ocorre que, para fazer jus a qualquer benefício prestado pela Previdência Social, os segurados devem satisfazer alguns requisitos impostos pelo instituto. No caso do benefício em questão, satisfazer os requisitos de carência, manter qualidade de segurada ou estar em gozo do período de graça, além de gerar o filho, adotá-lo, ou adquirir guarda judicial, são essenciais para sua concessão.

O tema será verticalizado na concessão do salário-maternidade à segurada especial (excluindo-se, portanto, as demais categorias de segurados) agricultora (não garimpeira nem pescadora) gestante (ou seja, que teve filho por questões biológicas e não socioafetivas), tendo em vista ser esta a realidade mais presente na região de abrangência da Instituição de Ensino em que é desenvolvido este estudo (norte do estado do Rio Grande do Sul).

A importância do tema se observa em razão do descontrolado crescimento do número de grávidas adolescentes. Vários são os fatores que podem estar relacionados ao fenômeno. A população de baixa-renda é a mais atingida, por problemas de desigualdade social e falta de informação.

Segundo pesquisas do Banco Mundial, realizadas em dezembro de 2013, a América Latina tem uma das maiores taxas de gravidez na adolescência, perdendo apenas para a África subsaariana e para a Ásia do sul. Pesquisas realizadas em 2010 comprovam que na América Latina a cada mil partos ocorridos, setenta e dois foi de mães de adolescentes com idades entre quinze e dezenove anos (ONU, 2013).

O crescimento de ocorrência de gravidez de adolescentes justifica a importância de proteção à mãe, em momento de maior necessidade, em especial às seguradas especiais.

## O salário-maternidade

O benefício salário-maternidade vem passando por constante evolução no âmbito jurídico. O Decreto 16.300, de 31.12.1923 foi, segundo Ribeiro, “a primeira manifestação em relação ao salário-maternidade na legislação ordinária, em nosso país” (2009, p. 40), pois versou sobre cuidados com gestantes nas empresas. Ainda, Ribeiro ressalta que “os empregadores deviam facultar às empregadas, repouso de trinta dias depois do parto e facilitar-lhes a amamentação de seus filhos no período de trabalho” (2009, p. 40). Mas este dispositivo nunca foi aplicado pelos empregadores.

Em meados de 1930, o Presidente Getúlio Vargas proporcionou uma nova era aos trabalhadores brasileiros, garantindo-lhes direitos e deveres, e colocando-os em alto patamar, relacionado à legislação vigente. A partir de então, a legislação passou a tratar sobre tal benefício, com olhar cada vez mais voltado ao bem estar da empregada e da criança (RIBEIRO, 2009, p. 25-26).

No começo, a empregada tinha direito à metade do valor do salário mínimo, tendo como média os últimos seis meses recebidos, sendo pago pelas Caixas do Instituto de Seguro Social ou pelo empregador. Logo após, com a Constituição de 1934, a empregada passa a adquirir direito à assistência médica e sanitária, e descanso antes e depois do parto sem ter qualquer prejuízo no âmbito trabalhista em relação a seu emprego e a seu salário.

Após, em meados de 1962, o pagamento das prestações destinadas à manutenção da empregada e do seu filho ficaria a cargo do Estado ou de um sistema de seguro.

O Brasil, com o Decreto n. 58.820 de 14 de junho de 1966, aprovou a Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho, que referiu que nenhum empregador deve ser responsável, pessoalmente, pelo pagamento das prestações devidas à sua empregada. A responsabilidade do pagamento destas prestações era de um sistema de seguro social ou fundo público.

Com a edição da Lei n. 6.136/1974, o salário-maternidade passou a ser uma prestação exclusivamente previdenciária, deixando o empregador livre de qualquer obrigação direta e pessoal neste sentido. O custeio do salário-maternidade que era de 0,3% sobre a folha de pagamento, passou a ser englobado no percentual de 20% da empresa. Hoje, a gestante tem direito a 120 dias de licença-maternidade, não sendo prejudicada de forma alguma em relação a seu salário e emprego. A Lei n. 8.123/1991 trata do salário-maternidade em seus artigos 71 a 73 (MARTINS, 2014, p. 392-394).

Os benefícios salário-maternidade e licença-maternidade, embora com o mesmo objetivo, são institutos distintos, visto que, licença-maternidade é um direito trabalhista, enquanto o salário-maternidade é um direito previdenciário.

Segundo Bachur e Manso, “enquanto a licença-maternidade é uma espécie de *afastamento* da mulher das atividades laborais para o convívio com o filho, o salário-maternidade é a prestação pecuniária paga pela Previdência Social à mãe no período de licença-maternidade” (2011, p. 17).

A seção V da Consolidação das Leis Trabalhistas aborda a proteção à maternidade, em seus artigos 391 a 400 e, enquanto, a Lei de Benefícios Previdenciários n. 8.213/1991 em seus artigos 71 a 73, versa sobre o salário-maternidade.

No âmbito trabalhista, a proteção da gestante se dá pela concessão da licença maternidade, no prazo de cento e vinte dias, segundo previsão do artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal: “Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

A estabilidade é garantida a gestante, desde o momento da certeza da gravidez, até cinco meses após o parto, segundo o que refere o artigo 7º, inciso I38, da Constituição Federal.

Castro e Lazzari referem que a proteção da gestante se dá “pela possibilidade de alteração do local de trabalho ou função, por prescrição médica, a fim de evitar problemas na gestação e pela liberação do trabalho, para fins de consultas medicas e exames,

num mínimo de seis vezes, durante o período de gravidez - §4º do art. 39239 da Consolidação das Leis Trabalhistas” (2014, p. 831).

Recebe proteção também no sentido de necessitar romper o vínculo empregatício caso este vier a prejudicar a gestação, sem que lhe seja descontado nenhum valor e que lhe seja cobrada indenização, segundo versa o artigo 394 da Consolidação das Leis Trabalhistas: “Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.”

Outra garantia à gestante é a de que não sofrerá nenhuma espécie de constrangimento ou discriminação quanto à sua condição, por parte do empregador.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi a primeira a garantir proteção e descanso remunerado à gestante, seguida pela Constituição Federal de 1967, que estabeleceu a proteção previdenciária, no que diz respeito à maternidade.

No âmbito do direito previdenciário, é garantido à gestante o recebimento de um benefício que serve de amparo, denominado salário-maternidade, no período de cento e vinte dias, com finalidade de atender as necessidades da mãe e da criança.

A Previdência Social garante proteção às seguradas empregadas, empregada doméstica e também a desempregada (desde que em gozo do período de graça), trabalhadora avulsa, segurada especial, contribuinte individual e facultativa, evoluindo no sentido de conceder também em casos de adoção, de guarda judicial e falecimento daquele que detiver a guarda, estendendo ao cônjuge ou companheiro no último caso citado (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 831-834).

Enfim, tanto no âmbito trabalhista, como previdenciário, resta evidente que a segurada tem seus direitos resguardados.

## **Beneficiários do salário-maternidade e suas especificações**

O benefício do salário-maternidade sempre foi devido, única e exclusivamente à mulher, sendo cada uma com suas particularidades. Mas, após o advento da Lei n. 12.873/2013, o benefício de salário-maternidade estende-se ao segurado em casos de adoção ou de guarda judicial com finalidade de adoção, no prazo de iguais cento e vinte dias, de acordo com a nova redação dada ao artigo 71-A40 da Lei n. 8.213/1991.

A alteração da redação dos artigos 71-B41 da Lei n. 8.213/1991 e artigo 392-B da Consolidação das Leis Trabalhistas estendem o benefício de salário-maternidade ao cônjuge ou companheiro, caso a segurada ou o segurado que estiver recebendo o benefício, vier a falecer, exceto em caso que ocorra também o falecimento ou abandono do filho.

Neste entendimento, o Juiz Federal Rafael Martins Costa Moreira, em decisão, deferiu a concessão do benefício de salário-maternidade em 10 de julho de 2012, conforme portal de notícias da Justiça Federal da 4ª Região:

A Justiça Federal de Canoas (RS) concedeu, a um morador de Sapucaia do Sul, o direito de receber salário-maternidade. A decisão, em caráter liminar, é do juiz substituto da Vara do Juizado Especial Federal Previdenciário de Canoas, Rafael Martins Costa Moreira, e foi publicada em 11/7. Assistido pela Defensoria Pública da União, o autor recorreu à Justiça após ter tentado, sem resposta, obter o benefício junto ao INSS. Viúvo e com uma filha recém-nascida, o trabalhador pretendia dedicar-se aos cuidados com o bebê após o falecimento da esposa, ocorrido cerca de 11 horas após o parto. Em sua decisão, o magistrado considerou a importância da atenção familiar para o desenvolvimento da criança. ‘O salário-maternidade proporciona à mãe a possibilidade de cuidar da criança em tempo integral, nos primeiros meses de vida, fator essencial ao seu desenvolvimento e à sua sobrevivência. Na falta da genitora, cabe ao pai prestar esse cuidado ao neonato, o que deve ser assegurado pelo Estado’, afirmou.

Segundo Moreira, em casos excepcionais, a regra de concessão do benefício pode ser flexibilizada. ‘O benefício segue em regra restrito às mulheres; apenas neste caso extraordinário é que pode ser alcançado ao genitor’, destacou. O INSS terá 20 dias, a contar da ciência, para implantar o benefício. Cabe contestação (PORTAL DE NOTÍCIAS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2012)

O salário-maternidade é pago às seguradas, de acordo com a situação em que esta se encontra. No caso da segurada empregada e trabalhadora avulsa, o valor do benefício equivalerá a sua última remuneração, sem limitação máxima.

A segurada especial estará apta ao recebimento do benefício caso comprove o exercício da atividade rural, por meio de documentação, dos últimos dez meses anteriores ao benefício, mesmo que de forma descontínua. O valor por ela recebido equivalerá a um doze avos da última contribuição anual. Um doze avos da soma dos últimos doze salários será o valor do benefício que a segurada contribuinte individual e a segurada facultativa terão direito. Quanto à empregada doméstica, é de direito receber o benefício com o mesmo valor do seu último salário de contribuição. Todas as empregadas e seguradas poderão requerer o benefício de salário-maternidade até cinco anos após o nascimento da criança.

Bachur e Aiello ainda explicam que “na hipótese de a segurada já estar aposentada e retornar ao trabalho, pode receber o salário-maternidade” (2009, p. 322).

Quanto à situação da desempregada, no que tange ao valor do benefício por ela recebido, desde que esta esteja no “período de graça”, será de um doze avos da soma dos últimos doze salários de contribuição (BACHUR; AIELLO, 2009, p. 321-326).

#### **4 Requisitos para a concessão do salário-maternidade**

Um dos principais requisitos previdenciários, que abrange a grande maioria dos benefícios do órgão, é a carência. Quanto ao salário-maternidade, não é diferente.

A carência passou a ser considerada requisito essencial para a concessão do salário-maternidade após o advento da Lei n. 9.876/1999 (RIBEIRO, 2009, p. 57).

Savaris introduz que “a natureza securitária dos benefícios da Previdência Social conduz à fixação de período de carência superior ao período gestacional, o qual pode extraordinariamente ser reduzido em razão de parto antecipado” (2014, p. 282).

Segundo Bachur e Manso, “todas as mulheres seguradas da Previdência Social, podem ser beneficiárias do salário-maternidade. Porém, cada uma delas terá uma sistemática de cálculo para cada percepção do benefício e carência própria” (2011, p. 62).

Portanto, a segurada empregada, empregada doméstica e as trabalhadoras avulsas são isentas de comprovação de carência para o benefício do salário-maternidade. Artigo 26, inciso VI da Lei n. 8.213/1991: “Independente de carência a concessão das seguintes prestações: VI – salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.”

Por outro lado a carência exigida para a contribuinte individual, segurada especial, contribuinte individual, e segurada facultativa é de dez contribuições mensais, conforme o artigo 25, inciso III da Lei n. 8.213/1991.

A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 1142 e

Quanto à segurada especial que não contribui de forma individual à Previdência Social, para fazer jus ao benefício de salário-maternidade, é necessário que comprove a atividade rural exercida nos últimos doze meses anteriores ao parto, não necessariamente de forma contínua, conforme previsão do art. 39 da Lei n. 8.213/1991.

Caso ocorra parto antecipado, a segurada deverá comprovar como carência, o equivalente ao número de meses em que o parto

foi antecipado. Portanto, se a gestação for de sete meses, a segurada deverá comprovar oito meses de contribuições mensais (BRAGANÇA, 2012, p. 211-212).

A mulher que se encontra desempregada, passou a ter direito ao recebimento do salário-maternidade, caso o parto ou a adoção ocorrer enquanto ela estiver no período de graça, segundo o disposto no parágrafo único do Decreto n. 3.048/99 (RIBEIRO, 2009, p. 95).

Segue decisão do Tribunal de Nacional de Uniformização quanto a este assunto:

No caso concreto, uma trabalhadora gestante foi demitida sem justa causa pela Prefeitura de Blumenau (SC), ficando ela em gozo do período de graça (em que o segurado não mais contribui para a Previdência, mas mantém a qualidade de segurado). Mesmo reconhecendo que o benefício deveria, a princípio, ser pago pelo empregador, e ressarcido depois pelo INSS mediante compensação, a TNU entendeu que nesse caso não mais existia vínculo de trabalho entre empregador e empregada quando do pagamento do benefício, mantendo-se, porém, a condição de segurada da empregada. 'Em tal situação, cabe ao INSS suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade, não sendo razoável impor à empregada demitida buscar da empresa a satisfação pecuniária, quando, ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação', explica o relator em seu voto. O incidente de uniformização foi interposto perante a TNU pelo INSS, questionando posicionamento da Turma Recursal de Santa Catarina, que havia mantido a sentença de primeiro grau, reconhecendo que cabia à autarquia suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade. A TNU, portanto, negou provimento ao incidente, mantendo o posicionamento da Turma Recursal. *Com informações da Assessoria de Imprensa do CJF*. Processo 2011.72.55.000917-0 (CONJUR).

Portanto, cabe à Previdência Social o pagamento do benefício salário-maternidade à segurada desempregada, ocorrendo a



demissão antes ou durante a gestação, independente de justa causa ou a pedido.

O artigo 28, parágrafo 2º da Lei n. 8.212/1991 dispõe que o salário-maternidade é considerado salário de contribuição e, por este motivo deve-se observar o disposto no artigo 195, inciso I e II da Constituição Federal.

Ribeiro esclarece que “cumpre ressaltar que o salário-maternidade enquanto de natureza remuneratória, deve sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, conforme preceitua o art. 28, da Lei n. 8.212/91” (2009, p. 107).

Quanto ao termo final do benefício, dá-se em decorrência do fim do período/prazo concedido ao detentor do benefício, ou em caso de falecimento deste. Por outro lado, caso a criança falecer deve-se observar duas situações: se nasceu da mãe natural não ocorre à cessação do benefício, pois esta ainda necessita de proteção no estado em que se encontra, por outro lado, aos filhos havidos por adoção, o benefício cessa, em razão de não haver mais fundamento a proteção à maternidade.

Outro caso de cancelamento do benefício se dá em ocorrência de erro ou fraude do órgão administrativo (RIBEIRO, 2009, p. 78).

Outro requisito para concessão de qualquer dos benefícios previdenciários é a qualidade de segurado. O segurado que contribuiu à Previdência Social em período igual ou inferior a cento e vinte contribuições, ao parar de fazê-lo, estará protegido pela Previdência Social, tendo direito ao período de graça de doze meses. Se o período de contribuição for superior a cento e vinte contribuições, o período de graça dobra e passa a ser vinte e quatro meses, podendo estender-se a trinta e seis meses se o segurado estiver desempregado e comprovar esta situação pelo registro do órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Se, passado esse período e o segurado não voltar a contribuir com a Previdência Social, ele ficará desamparado, perdendo a qualidade de segurado.

Quanto a perda da qualidade de segurado, Bachur e Aiello explicam, “as contribuições anteriores a essa data somente são computadas para fins do recebimento desse benefício, após a segurada contar com o pagamento de 1/3 (um terço) das contribuições da carência do benefício (ou seja, quatro contribuições)” (2009, p. 325).

Por fim, o artigo 201 da Constituição Federal, em seu inciso II, garante “proteção à maternidade, especialmente à gestante”. Tal inciso permite uma ampla interpretação no sentido de maternidade, pois em termos de proteção previdenciária, não abrange apenas a mãe biológica, mas sim, a maternidade em si, como casos de adoção ou de concessão de guarda judicial.

Logo, são três hipóteses que geram a possibilidade de concessão do benefício: o parto, o aborto não criminoso e adoção. Eles, portanto, também se apresentam como requisitos à concessão do benefício em análise.

Ocorrendo o parto, o benefício pode iniciar até vinte e oito dias antes do previsto, com duração de cento e vinte dias, podendo ser acrescido um período de repouso à mãe, de duas semanas, desde que esta necessidade seja atestada por um médico. Neste caso, o benefício será pago diretamente pela empresa.

É facultado ao empregador adotar o Programa Empresa Cidadã, que prorroga o período de licença maternidade por mais sessenta dias, perfazendo o total de cento e oitenta dias, e esse acréscimo será pago pela própria empresa.

Caso ocorra aborto não criminoso, ou em casos de aborto decorrente de estupro, ou que coloque em risco a própria vida, a segurada deverá comprovar o fato com atestado médico, e terá direito ao recebimento de salário-maternidade correspondente a duas semanas, concomitante a licença maternidade.

A legislação previdenciária considera parto o evento ocorrido a partir da 23<sup>a</sup> semana (sexto mês) de gestação. Antes disso, atendidas as condições para que não seja ilegal, ocorrerá aborto não criminoso, mas a partir da 23<sup>a</sup> semana de gestação, haverá

parto, o que possibilita o pagamento do salário-maternidade por 120 dias, e não por duas semanas (BRAGANÇA, 2012, p. 209-210).

Segundo Bragança (2012, p. 210), com a implantação da Lei n. 10.421/2002 a mãe adotiva passou a ter direito ao benefício do salário-maternidade, estendendo à empregada também a licença maternidade.

Quanto ao âmbito previdenciário, o salário-maternidade é devido à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes prazos e condições: *120 dias*, se a criança tiver até um ano de idade; *60 dias*, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade; e *30 dias*, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade (BRAGANÇA, 2012, p. 210).

## **5 O salário-maternidade para a segurada especial após a Lei n. 11.718/2008**

A Lei n. 11.718, de 20 de junho de 2008, dentre outras modificações na legislação previdenciária, alterou a idade mínima para que o agricultor seja considerado segurado especial. De quatorze, passou para dezesseis anos a idade em que este passa a ter direitos e proteção previdenciária, desde que comprove o exercício da atividade.

Os entendimentos e administrativo, baseado na legislação, e jurisprudencial, baseado nos princípios, dividem-se sobre a possibilidade de concessão do referido benefício à agricultora que não tenha completado dezesseis anos de idade. Com isso, passa-se a uma análise mais detida sobre o tema.

A Constituição Federal permite que a pessoa com idade acima de quatorze anos pode ser trabalhadora. Também pode segurada da Previdência Social (sistema público previdenciário), na condição de menor aprendiz, e, acima de dezesseis anos como segurado.

A legislação previdenciária passou por várias mudanças com o passar do tempo, e a idade hoje considerada, já foi diferente.

Até 28 de fevereiro de 1967, a legislação considerava que a idade mínima era quatorze anos. Após, entre 1º de março do mesmo ano, até 04 de outubro de 1988 a idade mínima passou a ser doze anos. De 05 de outubro de 1988 até 15 de dezembro de 1998, a idade mínima passa a ser quatorze anos novamente. E, a partir de 16 de dezembro de 1998, com o advento da Emenda Constitucional n. 20, a idade mínima passou a ser dezesseis anos.

Com a implementação da Instrução Normativa n. 15 de 16 de março de 2007, o Instituto Nacional de Seguro Social passou a reconhecer os períodos trabalhados pelo segurado, antes dos dezesseis anos, desde que comprovados (BACHUR; AIELLO, 2009, p. 153).

As Leis de Custeio e Benefício e o Decreto n. 3.048/1999 não se adequaram totalmente às alterações da idade mínima, uma vez que, legalmente, ainda está fixada a idade mínima de quatorze anos para que o segurado facultativo possa se filiar, de acordo com o artigo 14 da Lei n. 8.212/1991 e artigo 13 da Lei n. 8.213/1991. O Decreto 3.048/1999 em seu artigo 18, parágrafo 2º, refere que a idade mínima para a filiação é de dezesseis anos, em qualquer caso, no regime geral de Previdência Social.

Quanto às Instruções Normativas do Instituto Nacional de Seguro Social, em harmonia com o artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, consentem a filiação do menor, em condição de aprendiz a partir dos quatorze anos de idade, e admite a partir de dezesseis anos de idade, aos demais casos de filiação (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 179-180).

A mudança na legislação se dá de acordo com o progresso social, sempre visando ao bem-estar do cidadão.

O órgão administrativo responsável pela concessão dos benefícios é fiel ao cumprir o disposto em lei, até porque está adstrito, como parte da administração pública (o INSS é autarquia federal) ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal.

No caso em questão, não concede o benefício de salário-maternidade à agricultora que não tiver idade suficiente para filiar-se à Previdência Social (dezesesseis anos).

A nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998 ao inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 proíbe, de fato a execução do labor rural do menor, sendo esta uma norma protetiva.

A Instrução Normativa INSS/PRES N. 45, por sua vez, dispõe sobre o regulamento do Instituto Nacional do Seguro Social, no que tange à sua administração de informações dos segurados, e o reconhecimento, manutenção e revisão dos direitos dos que são beneficiários da Previdência Social.

É nos artigos 293 a 310, subseção VIII da Instrução Normativa que constam todas as informações, deveres e obrigações no âmbito do poder administrativo, que dizem respeito ao benefício do salário-maternidade. O artigo 296 lista quais as seguradas que têm direito ao recebimento do benefício, dentre elas a segurada especial.

E, o artigo 7º, inciso III refere que, para ser considerado especial, o segurado deve ter mais de dezesseis anos de idade, ou seja, é a partir dessa idade que ele pode se filiar a Previdência Social (INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS, 45/2010).

Nesse sentido, tem-se também a jurisprudência:

O INSS pretende a desconstituição do acórdão que, confirmando integralmente a sentença por seus próprios fundamentos, deferiu o benefício de salário-maternidade à parturiente com 16 anos de idade, entendendo suficientemente caracterizado o labor rural. Alega que estaria em tela a questão da observância da idade mínima posta em lei, bem como o preenchimento do período de carência, em face das supervenientes alterações legislativas. O recorrente traçou detalhada evolução da legislação sobre a matéria, desde o advento da Lei 8.213/91 até a promulgação da Lei 11.718/08, quando se fixou o período de carência de 10 meses, após o advento do requisito idade, para a concessão do benefício. Segundo a autarquia, o posicionamento firmado pela Turma

Recursal contrariaria a jurisprudência já firmada, tendo sido sustentado que, no caso, a segurada deveria ter demonstrado que trabalhou 10 meses no campo, após 07-01-2009, data em que completou 16 anos. O parto da criança, registra-se, ocorreu em 18-10-2009.2. Está caracterizada a divergência com o julgamento do Pedilef 200772950008073, desta Turma Nacional, de que foi relatora a Sr<sup>a</sup> Juíza Jacqueline Bilhalva. Embora neste paradigma o parto da segurada especial tivesse ocorrido antes dos 16 anos, foi firmada a tese oposta à destes autos, constando inclusive na que A partir de 24.06.2008 somente a rurícola menor com 16 anos de idade é segurada especial e apenas a partir desta data pode começar a contar tempo de serviço rural para fins de carência de salário-maternidade no período imediatamente anterior ao início do benefício, comprovando 10 (dez) meses de carência (TNU, 2012).

O entendimento do órgão administrativo é que, sendo o parto o fato gerador do salário-maternidade, e tendo este ocorrido quando a requerente ainda era menor de dezesseis anos de idade, ela não tem idade mínima para filiar-se à Previdência Social, conforme estabelece o artigo 30, inciso IV, da Instrução Normativa 45/2010:

Ainda, caso o parto tenha ocorrido quando a segurada já contasse com dezesseis anos de idade, deve-se observar que a carência só começa a contar a partir de então, por isso, além da idade, o Instituto Nacional de Seguro Social observa este outro requisito.

Por outro lado, tem-se que a intenção da Constituição Federal em seu artigo 7<sup>o</sup> é a de proteger o menor (criança e adolescente) ao trazer um expresso limitador à idade deste no ingresso ao mercado de trabalho, salvo se for em condição de aprendiz, entre quatorze e dezesseis anos, com devida orientação educacional (SAVARIS, 2014, p. 298).

A posição jurisprudencial segue a mesma linha de entendimento. A Turma Nacional de Uniformização teve como parâmetro em sua decisão o limite de idade estabelecido pela

legislação para que possa haver reconhecimento da qualidade de segurada, conforme trecho da jurisprudência que Savaris refere:

Entre 25.07.1991 e 23.06.2008, a rurícola menor com 14 anos de idade é segurada especial e apenas a partir desta data pode começar a contar tempo de serviço rural para fins de carência de salário-maternidade no período imediatamente anterior ao início do benefício, comprovando 12 (doze) meses de carência se o início do benefício tiver se dado até 28.11.99 ou 10 (dez) meses de carência se o início do benefício tiver se dado entre 29.11.99 e 23.06.2008. 2. A partir de 24.06.2008 somente a rurícola menor com 16 anos de idade é segurada especial e apenas a partir desta data pode começar a contar tempo de serviço rural para fins de carência de salário-maternidade no período imediatamente anterior ao início do benefício, comprovando 10 (dez) meses de carência (PEDILEF 200772950008073, TNU, Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 16/03/2009) (SAVARIS, 2014, p. 297).

No mesmo sentido, a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais no âmbito da 4<sup>a</sup> Região, assim decidiu:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO SALÁRIO-MATERNIDADE. RURÍCOLA. SEGURADA MAIOR DE 14 ANOS E MENOR DE 16 NO MOMENTO DO PARTO. TRABALHO RURAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.718/08. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHADOR E A CONDIÇÃO DO SEGURADO. 1. **Para a concessão do salário-maternidade é necessária a presença dos requisitos legais na data do parto, idade mínima de 14 anos até a vigência da Lei nº 8.213/91, e, após a vigência da Lei nº 11.718/2008, a idade mínima de 16 anos, mais a carência cumprida a partir da idade mínima exigida na legislação vigente.** 2. Não podem fazer jus ao benefício de salário-maternidade as rurícolas menores de 14 anos. Somente os partos ocorridos após esta idade, desde que comprovada a carência após ter completado 14 anos, ensejam a concessão do benefício. 3. A legislação previdenciária não veda o trabalho rural do menor de dezesseis anos (ou quatorze, na legislação anterior), nem poderia ter essa amplitude

uma vez que alheio ao seu objeto, restrito à regulamentação da Previdência Social. O que a Lei n.º. 8.213/91 estabelece no seu art. 11 são as hipóteses e as condições em que um determinado trabalhador estará sujeito às normas e à proteção previdenciária (TRF4, 2009) (grifou-se).

Portanto, a Constituição Federal protege o menor, sendo este criança ou adolescente, ao proibi-lo de trabalhar enquanto não completar dezesseis anos de idade, exceto na condição de aprendiz, o que não é o caso do segurado especial. Quanto à esfera administrativa, esta segue fielmente o expresso em lei, conforme já dito acima. Tendo a lei definido uma idade limite para que a segurada possa filiar-se, esta deve cumprir tal requisito, e o requisito carência, e como consequência terá ampla cobertura e proteção à licença maternidade.

Ou seja, o Instituto Nacional de Seguro Social se baseia no texto Constitucional que proíbe o menor de dezesseis anos (salvo exceção) de trabalhar, e por isso, este não pode ser segurado.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência entendem que a decisão do administrativo, que alega que a menor não faz jus ao salário-maternidade por não contar com dezesseis anos no momento de requerê-lo, não merece amparo.

Para Castro e Lazzari (2014, p. 195-196), de fato ao menor de dezesseis anos de idade é proibido filiar-se à Previdência Social, mas, tendo ocorrido tal filiação antes dessa idade, não há como deixar de reconhecer os direitos desse menor, mesmo que de forma irregular, pois ao realizar o trabalho, a filiação é automática. A norma que proíbe o menor de dezesseis a ingressar no mercado de trabalho tem por finalidade protegê-lo, mas, não haveria proteção caso não lhe sejam garantidos os direitos pela contribuição realizada.

A limitação de idade que a Constituição Federal traz para o ingresso no mercado do trabalho tem sim como intuito a proteção da criança e do adolescente. Contudo, não é certo que as normas que visam a protegê-los sejam utilizadas em sentido oposto, ou



seja, conforme colocação de Savaris, “representando, quando violadas, uma barreira que impossibilita o acesso à proteção estatal” (2014, p. 299).

No caso em questão, há conflito entre dois objetivos sociais trazidos pela Constituição Federal: a proteção à criança e ao adolescente, vedando o seu acesso ao mercado do trabalho e a garantia dos direitos dessa criança e adolescente, de cunho trabalhista e previdenciário, quando a primeira regra for violada. Savaris (2014, p. 299) destaca como sendo também preceito constitucional a proteção à gestante e à maternidade, erigido como direito social constitucional.

Assim, a jurisprudência tem se inclinado sensivelmente no sentido de possibilitar, especialmente aos segurados especiais, o cômputo do tempo de trabalho desempenhado anteriormente à data em que é atingida a idade mínima, atualmente estabelecida em 16 anos, para o cumprimento do período igual ao de carência para a concessão do benefício do salário-maternidade. Alguma jurisprudência vai além, possibilitando também a concessão do salário-maternidade, desde que comprovado o trabalho em período anterior, mesmo quando o próprio parto se deu antes de regulamentada essa idade mínima (SAVARIS, 2014, p. 299).

Savaris traz um trecho de uma jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região que considera o trabalho do segurado especial que tem idade entre quatorze e dezesseis anos, como de aprendiz, pois, este estaria obtendo os primeiros conhecimentos para que possa exercer a atividade. Segue abaixo:

A vedação o trabalho do menor não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da maior de 14 anos e menor de 16 anos de idade que atua na atividade rurícola pode ser equiparada à do aprendiz, pois dá os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício dessa atividade (AC 0006486-42.2011.404.9999, TRF4, 5<sup>a</sup> Turma,

Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 16/06/2011) (SAVARIS, 2014, p. 298).

Ainda, Castro e Lazzari mencionam uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte parecer do Relator Ministro Vicente Leal:

O trabalho precoce, quanto mais de crianças menores de quatorze anos, tem sido repudiado pelo nosso sistema normativo com vistas à proteção da infância. No entanto, a proibição do trabalho em idade inferior a quatorze anos pela Carta Magna, respeitada pelas leis ordinárias, foi estabelecida em benefício dos menores, desarrazoada a interpretação que implique prejuízo aos mesmos (2014, p. 192).

A jurisprudência possibilita à segurada especial, o cômputo do tempo de trabalho, que desempenhou antes de completar a idade mínima necessária, que atualmente é de dezesseis anos, desde que possa comprovar o labor rural, com a finalidade de não deixá-la desamparada, principalmente neste momento que ela mais precisa.

Em outro caso, o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região manteve decisão da sentença de primeiro grau que julgou pela improcedência do pedido de concessão ao benefício de salário-maternidade requerido por uma agricultora, pois entendeu que na data do parto esta não tinha completado dezesseis anos, por isso, fere o disposto constitucional acima referido que proíbe o menor de exercer atividade laboral.

Porém, ao retornar ao tribunal de origem, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que:

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 7º, XXXIII, da Constituição ‘não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos’ (RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli).

A decisão se dá em face de um recurso de agravo regimental contra decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa, que deferiu a concessão do salário-maternidade a menor, afastando o requisito idade, tendo em vista que a proteção que se busca garantir é em caráter laboral, contudo, não se pode aplicar a este caso, pois, a menor estaria sendo prejudicada

Portanto, baseado no entendimento de que a norma constitucional tende a proteger literalmente o menor, esta não pode ser prejudicada.

Busca, assim, esse entendimento jurisprudencial, consolidar e concretizar os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso social, uma vez que a diminuição do limite etário de dezesseis para quatorze anos não visou à exclusão previdenciário dos que se encontram nessa faixa etária, mas, sim, a sua proteção.

### **Considerações finais**

O tema em pauta, voltado à possibilidade de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade a agricultora menor de dezesseis anos, após alteração de idade mínima para ser segurado especial e levando em conta a proteção constitucional ao menor vem sendo cada vez mais necessário ser analisado.

Nesse sentido, com objetivo de compreender melhor a matéria, desenvolveu-se o estudo em três capítulos. A pesquisa realizada revelou a importância do tema, eis que se denota a importância da proteção ao menor, e a pessoa humana, no geral.

Fez-se uma ‘análise metódica sobre os dois posicionamentos diversos na aplicação da matéria do tema em questão.

Eis que, concluiu-se com base no estudo, que a agricultora tem direito de ter receber as prestações referentes ao salário-maternidade, pois é um direito fundamental da pessoa, tendo em vista sua dignidade e proteção.

Por dignidade entende-se que é um valor objetivado a proteger os seres humanos, todos iguais perante a lei.

Entendo, portanto, que a questão acerca da possibilidade de concessão do salário-maternidade deve ser analisada e resolvida pela ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, pois somente assim se pode compreender seu fundamento e os casos que se pode ser aplicado.

A Emenda Constitucional n. 20/1998, ao mudar o texto da Constituição Federal e proibir o trabalho a todo o menor de dezesseis anos (exceto em condição de aprendiz) buscou protegê-lo, mas este não pode ser um fundamento utilizado para se basear no indeferimento de um benefício previdenciário, eis que, se o objetivo é de proteger, deve-se buscar a referida proteção previdenciária, especialmente à menor gestante.

Decidir quanto à concessão do benefício é acolher antes de tudo o filho, sendo este o objetivo principal do benefício, por isso, ao negar concessão pela condição etária se está diretamente prejudicando a menor e a criança.

A norma constitucional que proíbe exercício de atividade laboral é de caráter protetivo, por isso, deve ser interpretada em favor da menor, não em seu detrimento.

Os Tribunais têm convertido as decisões administrativas, recebendo amparo doutrinário, ao entender que o objetivo constitucional de proteger o menor deve ter fulcro apenas nos direitos trabalhistas e não previdenciários, pois ao aplicar esta norma, a menor ao invés de ser protegida, acaba por ser prejudicada.

Logo, a Lei n. 11.718/2008 deixa de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo causado retrocesso social ao excluir da proteção social a segurada especial agricultora que tiver filhos entre os quatorze e os dezesseis anos de idade, razão pela qual tem-se que deve ser afastada no caso concreto, andando bem a jurisprudência concretizadora do direito ao salário-maternidade nesses casos.

## Referências

- América Latina tem terceira maior taxa de gravidez na adolescência do mundo*, diz Banco Mundial. Organização das Nações Unidas. 27 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/america-latina-tem-terceira-maior-taxa-de-gravidez-na-adolescencia-do-mundo-diz-banco-mundial/>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. *Teoria e Prática do Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2009.
- BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Licença-maternidade e salário-maternidade: na teoria e na prática*. Franca SP: Lemos e Cruz, 2011.
- BRAGANÇA, Kerlly Huback. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. *Aprova o regulamento da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm) > Acesso em: 2018.
- \_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. *Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm)> Acesso em: 10 abr. 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm) > Acesso em: 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm) > Acesso em: 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.718 de 20 de junho de 2008. *Acrescenta artigo à Lei no 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6º do art. 10 da Lei no 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis nos 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.* Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm) > Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 600616 AGR / RS.* Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF. 1ª turma. 26 ago. 2013. Disponível em: < [http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_600616\\_RS\\_1410604114861.pdf?Signature=lvMo5tSyjhU85ihesUSEx2ao2xk%3D&Expires=1412166921&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ef307ee65263f321d7122d54dd34e28c](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_600616_RS_1410604114861.pdf?Signature=lvMo5tSyjhU85ihesUSEx2ao2xk%3D&Expires=1412166921&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ef307ee65263f321d7122d54dd34e28c) > Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Nacional de Uniformização. *PEDILEF n. 201071650008556.* Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, DJ 14 de novembro de 2012. <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22850773/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-201071650008556-tnu>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 0001471-24.2013.404.9999/PR.* Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Brasília, DF. 6ª turma. 26 de março de 2010. Disponível em: <[\\_\\_\\_\\_\\_. Turma Regional de Uniformização. Região 4. \*IUJEF 2007.72.95.005267-0.\* Relator: Ivori Luís da Silva Scheffer, D.E. 29/01/2009.](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_proc_essual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=00014712420134049999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=e0153886beb61f81c001dad5aoad7d04&txtPalavraGerada=ytt&txtChave=> . Acesso em: 05 set. 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

*INSS deve pagar salário-maternidade a desempregada.* Conjur. 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-11/inss-responsavel-salario-maternidade-gestante-desempregada>> Acesso em: 04 set. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL. *Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010*, DOU de 11/08/2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, De 06 De Agosto De 2010. DOU de 11/08/2010.* Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

*Justiça Federal do RS concede ao viúvo o direito de receber salário-maternidade.* Portal de Notícias da 4ª Região. 17 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.jfrs.jus.br/noticias/noticia\\_detalhes.php?id=28479](http://www.jfrs.jus.br/noticias/noticia_detalhes.php?id=28479)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: out. 2017.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Salário-maternidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Previdenciário: problemas e jurisprudência*. Curitiba: Alteridade, 2014.





## Imposto sobre grandes fortunas (IGF)

*Jovana De Cezaro<sup>1</sup>*

### Introdução

A questão tributária, pautada juridicamente para disciplinar a questão dos tributos, sempre foi tema de grandes debates dentre a sociedade, em face de sua grande importância, cujo surgimento está ligado ao surgimento do próprio estado. No que tange ao direito positivo brasileiro, a expressão direito tributário veio com a Emenda n. 18, de 1965, que deu estrutura ao “Sistema Tributário Nacional” e em seguida, em 1966, foi denominado pela Lei n. 5.172 de Código Tributário Nacional, pelo Ato Complementar n. 36/67.

Com a Constituição Federal de 1988, esse debate ganhou ainda mais enfoque, pois dentre suas inovações, trouxe a possibilidade de instituir um novo imposto, ainda não previsto no texto constitucional de 1967, o qual se denominou de Imposto sobre Grandes Fortunas. Imposto este, repellido de pronto pelos contribuintes.

Passados trinta anos da promulgação da Constituição Federal, o Imposto sobre Grandes Fortunas ainda não foi efetivado. Diversos projetos de lei já foram apresentados, mas até o momento nenhum deles foi aprovado. Alguns projetos foram rejeitados sob o argumento de que teria uma baixa arrecadação e um alto custo

---

<sup>1</sup>jovana@upf.br

administrativo, tomando como base alguns países que regulamentaram o imposto e logo após revogaram pelo citado motivo.

Os que defendem a implementação do imposto, argumentam que nada mais é do que uma forma de concretização da justiça fiscal e social. E também uma forma de melhorar a distribuição da riqueza do país. Significa dizer que sua regulamentação poderia gerar mais recursos financeiros para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Dito isso, passaremos a uma análise específica do possível Imposto sobre Grandes Fortunas. Em primeira análise verificamos a conceituação do referido imposto, bem como seu surgimento, dando ênfase nos principais projetos de lei, até hoje apresentados, definindo o que seria uma grande fortuna.

Passamos então a uma análise do princípio da capacidade contributiva, analisando-o desde seu surgimento. Seguimos para uma abordagem de como é o Imposto sobre Grandes Fortunas em diversos países e o resultado de suas experiências. Em última análise trazemos algumas posições favoráveis e contrárias a regulamentação do imposto no Brasil.

## **1. Imposto sobre grandes fortunas: conceituação e surgimento**

A Constituição Federal de 1988, dentre as inovações, modificou o Sistema Tributário Nacional. O novo texto constitucional trouxe a possibilidade de instituir um imposto não previsto na Constituição anterior, o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), ou seja, a materialidade deste imposto é alguém possuir grande fortuna. Decorridos trinta anos da promulgação da Constituição Federal, o Imposto sobre Grandes Fortunas ainda não foi regulamentado.

O aspecto social ativo do referido imposto é de origem federal, ou seja, de competência exclusiva da União e também um imposto direto, pois incide sobre o patrimônio diretamente, assim

como o imposto de renda. O sujeito passivo desse imposto é o ser detentor de grande fortuna, estando o tributo, preferencialmente, voltado à pessoa física. O aspecto espacial de aplicação é todo território nacional e quanto ao aspecto temporal deve ser considerado em sua periodicidade anual.

Encontra-se elencado no art. 153, inciso VII da aludida Constituição e para a sua regulamentação, é necessária a criação de uma lei complementar. Diversos projetos de lei foram apresentados para regulamentá-lo, porém nenhum foi aprovado até o momento.

Talvez a dificuldade em aprovar um projeto que regulamente tal imposto esteja aliada a complexidade em conceituar o que é uma grande fortuna. Muito se discute o que seria uma grande fortuna, visto que nossa Constituição Federal não definiu valores. Pode-se definir grande fortuna como uma riqueza acima do normal, mas até hoje ainda não foi definido o que seria essa riqueza acima do normal.

Definir um conceito de grande fortuna não é uma tarefa fácil, na medida em que o conceito é amplo, gerando inúmeras possíveis interpretações. O conceito de riqueza muito depende da condição econômica de quem analisa o conteúdo. Para quem percebe quinze salários mínimos mensais a definição de fortuna tem uma dimensão diversa de quem auferir um salário mínimo mensal, por esse motivo a dificuldade de chegar a uma conclusão plausível. Quanto ao aspecto valorativo, constituído por base de cálculo e alíquota, também dependera da lei.

As primeiras propostas para regulamentar o Imposto sobre Grandes Fortunas, surgiram logo após a promulgação da Constituição Federal, em 1989. A grande maioria dos projetos já apresentados aponta como fato gerador um patrimônio de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). No passar dos anos nosso legisladores discutem um valor como parâmetro para incidir o imposto sobre grandes fortunas.

Segundo o projeto de lei complementar, apresentado no dia 12 de dezembro de 1989, PLS 162/1989 e seu substitutivo PLP 202/1989, o qual possui quatro outros projetos apensados a ele (PL 108/1989, PL 208/1989, PL 218/1990 e 268/1990), de autoria do Senador Fernando Henrique Cardoso, o imposto somente incidiria em valores superiores a NCz\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzados novos), o que valeria nos dias atuais menos de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). O imposto recairia sobre pessoas físicas residentes ou domiciliadas no país. A alíquota do imposto é de até 1%.

Outro projeto de lei complementar, PLP 277/2008, esse por sua vez da Deputada Luciana Genro, apresentado no dia 26 de março de 2008, tendo a esse projeto apensado o PLP 26/2011, PLP 48/2011, PLP 62/2011, PLP 130/2012, PLP 2/2015, PLP 6/2015, PLP 10/2015, PLP 11/2015, PLP 281/2016, PLP 294/2016, PLP 302/2016, PLP 324/2016 e PLP 335/2016, traz que o imposto sobre grande fortuna deve ser aplicado para valores superiores a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). O imposto recai sobre pessoas físicas domiciliadas no País, o espólio e a pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior, em relação ao patrimônio que tenha no País. A alíquota do imposto é de até 5%.

O projeto de lei 11/2015, apensado ao projeto de lei 277/2008 e apresentado no dia 10 de fevereiro de 2015, pelo deputado Valmir Assunção, que defende que o imposto sobre grandes fortunas deve incidir somente em valores superiores a 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). Quanto aos contribuintes e a alíquota, o projeto recepciona o mencionado no PLP 277/2008.

Ademais o projeto de lei PL 315/2015, apresentado no dia 26 de maio de 2015 de autoria do Senador Paulo Paim, faz taxaço de pessoa física no valor de R\$ 50.0000.000,00 (cinquenta milhões de reais), valor este muito além de tantos outros apresentados. O imposto incide sobre o patrimônio da pessoa física ou de espólio situados no País ou no exterior. A alíquota do imposto é de 1%.

No dia 15 de dezembro de 2016, foi apresentado um projeto de lei de autoria do Deputado Hildo Rocha, PL 335/2016, apensado ao PL 277/2008, definindo como valor de grande fortuna o montante de 2.000.000,00 (dois milhões de reais). São contribuintes do imposto as pessoas físicas domiciliadas no Brasil, as pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao patrimônio que tenha no Brasil, e os espólios. A alíquota do imposto é de até 5%.

O projeto de lei mais recente é o datado em 09 de maio de 2017, apresentado pela Senadora Vanessa Grazziotin, PLS 139/2017, estabelecendo como fato gerador o patrimônio líquido que exceda o valor de 8.000 (oito mil) vezes o limite mensal de isenção para pessoa física do imposto de renda pessoa física. Esse montante equivaleria ao valor aproximado de R\$ 15.230.000,00 (quinze milhões e duzentos e trinta mil reais). São contribuintes as pessoas físicas domiciliadas no País, pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao patrimônio que detenham no País e o espólio das pessoas físicas. A alíquota do imposto é de até 1%.

Vemos, escancaradamente, que existe um enorme problema em conceituar o que é uma grande fortuna. De cada projeto acima mencionado cada um possui a sua concepção própria do que seja fortuna. Para um, grande fortuna é logo após um milhões de reais (projeto Fernando Henrique Cardoso), para outro fortuna seria após os quinze milhões de reais (projeto Vanessa Grazziotin). Percebe-se que a caminhada tem sido longa e não está nem perto de acabar.

## **2. Princípio da capacidade contributiva**

O princípio da capacidade contributiva encontra-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, visando à cobrança de tributos, onerando quem possui a maior capacidade contributiva. O art. 13 tem a seguinte redação: “para a manutenção

da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

No Brasil, este princípio foi objeto de grandes discussões. Sua primeira menção se encontra na Constituição de 1924, em seu art. 179, XV, que estabelecia: “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despezas do Estado em proporção dos seus haveres”.

A constituição de 1946, em seu art. 202, nos diz que “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

O princípio da capacidade contributiva inexistia na Constituição de 1967, vindo a surgir, novamente, na Constituição Federal de 1988, estando expresso no art. 145, § 1º, onde se prevê que, “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Na Carta Maior surgiu como uma limitação ao poder de tributar por parte do Estado, o qual não pode sobrecarregar o cidadão a ponto de atingir o seu mínimo existencial para sobrevivência, mas sim respeitar a capacidade contributiva de cada indivíduo. A corrente majoritária defende que o princípio da capacidade contributiva aplica-se somente as pessoas naturais, não podendo ser aplicado as pessoas jurídicas. Luciano de Almeida Pereira (2011), nos diz que: “Implica dizer que na criação de tributos, o legislador deve observar, sempre que possível, a situação particular de cada contribuinte, permitindo, com isso, que

seja realizada a justiça tributária ao não exigir imposto acima do suportável”.

O princípio da capacidade contributiva somente se aplica nos impostos sobre a renda ou sobre o patrimônio e pode ser comparada com o princípio da igualdade, porém materializado em termos financeiros.

No que se refere a sua operacionalização, se faz necessário destacar a existência de três subprincípios do princípio da capacidade contributiva: seletividade, sendo está a técnica mais eficaz para os impostos indiretos; proporcionalidade e progressividade, sendo essa para a maioria da doutrina como a mais eficaz para os impostos diretos.

Segundo Luciano Amaro (2014) “o princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto”. Assim sendo, o princípio da capacidade contributiva exprime propósito de solidariedade, ou seja, quem possui mais, contribui com mais. Mônica Francisca da Silva Barbosa e Pércia Maria Bughi Freitas (2015) asseveram em seu artigo:

Neste diapasão, muito se defende que a implementação do imposto sobre grandes fortunas, por ser um imposto pessoal que onera aqueles que possuem uma situação econômica relevante (grandes fortunas), consagraria o princípio da capacidade contributiva e seria uma forma de justiça social, sopesando a atual realidade tributária brasileira na qual classe média é mais onerada com impostos do que a classe mais abastada.

Nesse sentido, diminuir-se-a a carga tributária sobre o assalariado e a classe média e se passaria a taxar os milionários. Também destacam José Edmilson de Souza Lima e Manoel Régis Berigo de Andrade Neto (2015):

[...]capacidade contributiva é a existência de uma riqueza capaz de ser tributada e no segundo sentido, o subjetivo ou relativo, constitui-se na fração dessa riqueza que será objeto da tributação

em face de condições individuais, ou seja, capacidade contributiva como norma de graduação e limite do tributo.

O Brasil possui uma das economias com menor tributação na renda e maior tributação no consumo, o que se acredita que tal modelo de tributação influencia na distribuição de renda e crescimento do país. Observa-se por esse modelo, que quanto maior sua renda, menor o nível de tributação a que se sujeito, ou seja, na maioria das vezes são os pobres que mais pagam impostos.

Mas acredita-se que essa proposta de taxar os mais ricos vai totalmente contra a meritocracia de quem se esforçou e conseguiu chegar ao topo. Desse modo derrubaria quem está por cima para nivelar por baixo. O essencial seria investir em políticas que motivem os indivíduos a empreender, mesmo aos poucos, para alcançar seus objetivos.

Portanto, os parâmetros de tributação devem respeitar o mínimo existencial, sendo este o ideal de justiça buscado, diminuindo assim desigualdades sociais, promovendo progresso econômico e acima de tudo garantindo uma tributação que satisfaça as despesas públicas.

### **3. Imposto sobre grandes fortunas no mundo**

Está presente na história da humanidade a concepção de criar e acumular riquezas. Segundo Luiza Bulhões Olmedo (2015):

Ao longo do século XX, países que adotaram um sistema de tributação progressiva sobre renda, riqueza e heranças desconcentraram continuamente renda e riqueza. Na verdade, quase todos os países da Europa Ocidental já adotaram um imposto deste tipo. Mesmo sociedades mais liberais, como Reino Unido e Estados Unidos implementaram uma forte tributação sobre heranças, que contribui para equilibrar problemas distributivos.

Afirma-se que a tributação sobre grandes fortunas surgiu somente em 1981 na França, onde, após isso, vários países adotaram



o Imposto sobre Grandes Fortunas. Em 1986 foi abolido, em face da baixa arrecadação e restituído posteriormente, em 1989, com outra nomenclatura. A base de cálculo incide sobre todo o patrimônio líquido das pessoas físicas. Para que recaia a tributação se reconhece a riqueza da família como um todo e não de cada membro isoladamente. Também são tributados os que, embora não residam na França, lá tem imóvel. Embora ainda existam problemas no que diz respeito à fiscalização, pesquisas apontam que a cobrança do tributo tem sido bem sucedida no país.

Na Alemanha o Imposto sobre Grandes Fortunas foi criado em 1893 (antiga Prúcia) e declarado inconstitucional em 1997. Em 2007, voltou a ser aplicado por meio de um aumento no imposto de renda. Essa tributação não foi estendida aos profissionais liberais e nem as empresas familiares, como meio de desenvolvimento econômico.

A tributação na Argentina teve origem no ano de 1821 e vigora até o momento. No decorrer desses anos houve mudanças nas alíquotas, que ao início incidia sobre riqueza líquida e no decorrer dos anos passou a incidir sobre riqueza bruta. Não se aplica o imposto a alguns sujeitos de direito e bens. Mesmo assim, com o passar dos anos essa receita vem aumentando.

Na Colômbia o imposto sobre o patrimônio foi introduzido em 1986 e logo após, em 1991 extinto. Reintroduzido em 2003 com duração até 2006, em 2007 prorrogado até 2010 e em 2009 prorrogado até 2018. O imposto grava tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

Na Suíça, diferentemente dos países acima citados, os quais a competência para arrecadação do tributo pertence ao governo central, a sua competência é a governança municipal (chamados cantões). Por esse motivo as normas variam de local para local, de uma forma geral o imposto incide sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. O valor arrecadado, embora modesto, é muito útil as governanças Suíças.

No Uruguai o imposto também incide sobre as pessoas físicas e jurídicas. O tributo criado em 1964 vigora até o momento. Os que não residem no país, mas que são donos de imóveis localizados no país, também são taxados.

Na Espanha, o imposto incide apenas sobre bens considerados luxuosos, e embora instituído de forma provisória acabou se tornando permanente. Embora a lei espanhola seja bem elaborada, ainda há uma baixa arrecadação, a mais baixa da Europa, o que deveria ser investigada.

Na Irlanda o imposto vigorou durante um pequeno espaço de tempo (1974- 1978), em virtude do baixo volume de arrecadação. Na Itália também deixou de ser cobrado em 1978 e não foi restabelecido. Na Finlândia foi abolido em 2006, na Dinamarca em 1996. Na Índia o imposto foi instituído em 1957, porém a arrecadação é muito baixa. Na Islândia foi abolido em 2006 e reintroduzido em 2010 e previsto para vigorar até 2012.

Na Noruega o Imposto sobre Grandes Fortunas vige a mais de 50 anos, sendo de competência do poder local (comunas) e central e constitui em média 7% da arrecadação total do país.

Em Luxemburgo o Imposto sobre Grandes Fortunas só atinge o patrimônio líquido de pessoas jurídicas e os limites de isenção são baixos. Pessoas físicas são isentas desse imposto. Ainda, é importante frisar, que Luxemburgo apresenta o maior indicador desse imposto no mundo.

Países como Austrália, Estados Unidos e Inglaterra decidiram que o mesmo não era viável e acabaram por não implementar. Por outro lado, vemos países como Uruguai e Argentina onde a tributação foi bem sucedida. O Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil pode ser viável, pode dar certo, desde que bem formulado e administrado.

#### 4. Aspectos positivos envolvidos

Após muito ter se discutido a respeito da regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas, chega-se a alguns apontamentos. Quem é favorável a instituição do imposto afirma que é uma forma de redução à desigualdade social e concretização da justiça fiscal, ou seja, quem pode mais, contribui mais. Nas palavras de Luiza Bulhões Olmedo (2015) “Nosso padrão de desigualdade, o tamanho de nossa economia, o nível de tecnologia que dispomos e a baixa tributação de heranças e propriedades no Brasil são fatores que indicam que a tributação de grandes fortunas pode sim ser efetiva aqui”.

O auditor Marcelo Lettieri, integrante do Instituto de Justiça Fiscal no diz que “uma estimativa baixa do que se pode arrecadar com o Imposto sobre Grandes Fortunas é de R\$ 6 bilhões por ano (2015)”. Hugo de Brito Machado Segundo (2018), nos aponta que:

O fato de a arrecadação obtida com esse imposto não ser significativa, por sua vez, não é razão para que não seja instituído. Primeiro, porque seria ela, de qualquer modo, alguma arrecadação. Segundo porque sua principal finalidade não seria suprir os cofres públicos com abundância de recursos, mas realizar o princípio da capacidade contributiva e incrementar a legitimidade do sistema tributário brasileiro. O Poder Público teria maior legitimidade para tributar a classe média, que se submete mais pesadamente ao imposto de renda e, indiretamente, através do encarecimento dos preços dos produtos que consome, aos tributos incidentes sobre o consumo, se esta tiver a consciência de que as classes mais ricas se submetem a ônus igual ou mesmo maior ao seu.

Se seguirmos o exemplo da França, encontraríamos sucesso, visto que o número de contribuintes e a arrecadação só está a crescer. Acredita-se que o imposto agiria como um mecanismo de diminuição das desigualdades sociais, distribuição de renda e criação de receita, que posteriormente pode ser aplicado na

prestação estatal de serviços de maior relevância, tal como educação e saúde. Nesse sentido, segundo Amir Khair (2015):

Talvez a Constituição represente uma regra de convívio social na qual a população de menor renda tenha um pouco mais de acesso aos bens de democracia. A democracia prevê um regime de maior equilíbrio social. Prevê um regime do governo para o povo, de interesse do povo. Quando você estabelece na Constituição um imposto sobre grandes fortunas, que no fundo, independente do nome, é um imposto que visa alcançar riqueza, você está contribuindo para uma melhor distribuição dela entre a população. Esse foi o objetivo dos constituintes em 1988. O que não se esperava é que o próprio Congresso que aprovou isso seja o Congresso a não aprovar a regulamentação desse tributo. E a razão é muito simples. Por que o Congresso não aprova? Porque os congressistas quase sem exceção seriam atingidos por essa tributação. Quando eles são atingidos, eles não aprovam nenhuma mudança tributária que os atinja. Essa é a razão central pelo fato de, ao longo de todos esses anos, não ter sido regulamento o imposto.

A grande concentração do patrimônio encontra-se nas mãos das camadas mais ricas da sociedade e são elas quem comandam o mundo, seja pelo poder, seja pela influência sobre os que o exercem, nesse sentido Pedro Humberto Bruno de Carvalho (2015) aponta que: “[...] a constitucionalidade dos projetos de lei complementar de instituição do IGF já é pacificada e a problemática se concentra mais nos argumentos políticos e econômicos de sua eficiência administrativa e arrecadatória”. Por esse motivo, se acredita, que se bem formulado e bem administrado o Imposto sobre Grandes Fortunas surtiria sim efeitos no Brasil.

João Sicsu (2016) também destaca:

Um sistema tributário socialmente justo deve ter caráter distributivo, portanto, deve impor maior sacrifício àqueles que têm mais condições de suportá-lo e, ao mesmo tempo, estabelecer menores alíquotas, taxas e contribuições para aqueles que auferem rendas mais baixas e, em consequência, possuem menores estoques de riqueza.

Assim, um meio para que se alcance a justiça social, seria a instituição desse tributo, visto que, acredita-se que o mesmo estimulará a fraternidade entre os homens. Com a redistribuição forneceremos ao Estado meio de garantir respeito à dignidade da pessoa humana, além de promover a minimização das desigualdades melhorando o país em curto espaço de tempo.

Um medo que atormenta os contrários a instituição do imposto é a elisão e a evasão fiscal, os quais são meios de fugir da tributação. Elisão é a utilização de meios lícitos para não pagar ou pagar menor quantia de determinado tributo. Evasão fiscal é o emprego de meios ilícitos para livrar-se do pagamento da devida tributação.

Mas, tendo em vista que o Brasil possui um sistema fiscalizatório bastante satisfatório, contando com comunicação moderna entre a Receita Federal e as demais entidades, bem como uma tendência de integração de informações fiscais, o argumento de que a fiscalização e o custo de manutenção da arrecadação seriam problemas, não se sustenta. A área da informatização e integração das bases de dados é adequado e suficiente para combater a evasão fiscal e a elisão fiscal.

Também afirma-se que o imposto sobre grandes fortunas não desestimula o empreendedor, tampouco constitui dupla tributação. A dupla tributação, ou bitributação acontece quando recai, no mesmo sujeito passivo, mais de um tributo sobre o mesmo fato gerador. Tal conduta não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, não teríamos obstáculos quanto à arrecadação e fiscalização desse imposto, graças aos mecanismos com os quais o sistema fiscal brasileiro conta. O argumento da dupla tributação também não pode ser considerado uma barreira à regulamentação do imposto, visto que já foi superado. Manter as grandes riquezas concentradas em mãos de poucos não traz nenhum benefício coletivo, apenas gera satisfações individuais. Em face da dificuldade financeira em que nos encontramos, seria está uma ótima

oportunidade de aumentar a arrecadação fiscal e diminuição da desigualdade social.

## **5. Aspectos negativos envolvidos**

No que tange aos aspectos negativos envolvidos acredita-se que os prejudicados pelo Imposto sobre Grandes Fortunas, os verdadeiramente ricos, acabariam por transferir seus bens para o exterior, sendo assim, o imposto basicamente recairia sobre a classe média, a qual não é objeto do respectivo imposto ou ainda, colocariam em nomes de empresas, caso o imposto não recaísse sobre pessoas jurídicas.

A advogada tributarista, Andressa Paula Senna (2010), assevera nesse sentido que:

O risco econômico adviria do simples fato de que o IGF acabará por "penalizar" as grandes riquezas individuais sobreviventes da tributação pelo imposto de renda. E isso acabará encorajando a emigração do patrimônio doméstico abrangido pelo campo de incidência do IGF para outros países que não estabelecem esse ônus tributário.

Há, portanto, um risco de evasão de capitais e bens envolvido que torna a instituição do IGF uma questão controversa. Há um custo com que o país precisará arcar se optar pelo implemento desse imposto no sistema. Estaremos prontos para assumi-lo? Eis a questão.

Uma das mais notáveis consequências seria o empobrecimento das pessoas mais ricas e com isso, conseqüentemente, toda sociedade vai perdendo riqueza e ficando mais pobre, ocorrendo um efeito cascata, ou seja, vai diminuir o patrimônio dos contribuintes, sem garantias de onde esse dinheiro seria investido. Acredita-se que a tributação progressiva da renda, pelo imposto de renda, já é suficiente para impedir a acumulação desproporcional de riquezas.

Vale destacar o desestímulo a poupança, ao empreendedorismo e ao investimento, o incentivo da fuga de capitais e o elevado risco de evasão fiscal, por exemplo, na omissão da declaração de alguns objetos, como joias. Alguns acreditam no aumento da arrecadação, mas em contrapartida, não se pode esquecer da perda de capacidade de investimento da iniciativa privada, conseqüentemente recaindo sobre nossa economia, por exemplo, na redução de vagas de emprego, o que afeta diretamente a camada mais pobre da sociedade.

Como já mencionado, vários países que antes cobravam o imposto deixaram de fazê-lo em razão, principalmente, da baixa arrecadação, da complexidade em sua instituição e arrecadação, além do alto custo das despesas com fiscalização e cobranças, o que se acha que superaria o valor arrecadado.

O doutrinador Ives Gandra da Silva Martins (2008), esclarece os motivos pelo qual a regulamentação do imposto não seria vantajosa, diante da experiência dos demais países:

Não sem razão, sabiamente, a esmagadora maioria dos países não o adotou. Os que o adotaram, criaram tantas hipóteses de exclusão que, ao longo do tempo, deixou de ter qualquer relevância. É que o volume da arrecadação termina por não compensar o custo operacional de sua administração [fiscalização](#) e cobrança. Em outras palavras, é um tributo rejeitado no mundo. Tributar a geração de riquezas, na sua circulação, os rendimentos ou lucros é muito mais coerente e justo do que pretender ainda tributar o resultado final daqueles fatos geradores já incididos.

Nesse sentido também destaca Pedro Humberto Bruno de Carvalho (2015):

O argumento de que o IGF é um imposto caro e de pouco potencial arrecadatório prevaleceu nas derrotas nas Comissões de Tributação e Finanças na Câmara e de Assuntos Econômicos no Senado, muito embora a constitucionalidade dos projetos não tenha sido um problema. Os adversários costumam citar dados

de baixa arrecadação de países europeus e suas extinções ao longo da década de 1990 e 2000.

Nadir Mazloum (2017) assevera que o Imposto sobre Grandes Fortunas é “um triplo erro: moral, jurídico e econômico. Tendo em vista a carga tributária brasileira, uma das mais elevadas do mundo, é necessário que se fiscalize melhor a arrecadação dos tributos já implementados e sua destinação do que criar mais um imposto”.

O professor Ives Gandra (2008), ainda nos diz que

As vantagens do tributo são duvidosas: a de que promoveria a distribuição de riquezas é atalhada pelo fato de que poucos países que o adotaram terminaram por abandoná-lo ou reduzi-lo a sua expressão nenhuma; a de que desencorajaria a acumulação de renda, induzindo a aplicação de riqueza na produção, que seria isenta de tributo, leva a ferir o princípio da igualdade, possibilitando que os grandes empresários estivessem a salvo da imposição; a de que aumentaria a arrecadação do Estado, não leva em conta a possibilidade de acelerar o processo inflacionário por excesso de demanda.

Por essas dificuldades na implantação do imposto sobre grandes fortunas que projetos que o regulamentam ainda não foram aprovados. Ainda ressalta-se que taxar grandes fortunas seria somente um meio de tapar os buracos da administração pública e sendo o único beneficiado o poder político, pois acredita-se que o dinheiro arrecadado de forma alguma vai voltar para o povo como forma de melhoria, mas sim ser desviado pelo estado. Nesse sentido, maiores são os pontos negativos referentes à instituição do referido imposto, do que os pontos positivos.

### **Considerações finais**

Não há dúvidas de que a questão inerente ao Imposto sobre Grandes Fortunas é controversa desde sua concepção na



Constituição Federal. Após trinta anos de promulgação da Carta Maior, e de vários projetos em tramitação, ainda não se pode ter uma certeza a respeito da regulamentação do mencionado tributo.

É inegável a dificuldade de se chegar à conclusão do que seja uma grande fortuna, principalmente pelo fato de que cada realidade social, cada lugar do Brasil e do mundo tem a sua definição do que ela seja. Mas é de suma importância analisar nossa realidade, a fim de que se chegasse a uma conclusão.

Críticos atribuem essa inércia, na regulamentação do imposto, à falta de vontade política dos parlamentares, os quais seriam os mais atingidos pelo imposto, podendo, ser comprometidos sobre dois vieses, o de serem taxados e o de poder ter seu financiamento eleitoral comprometido, visto que a classe detentora de maior riqueza é a que financia essas campanhas eleitorais e assim pressiona para que esse tributo não seja regulamentado.

Outros acreditam que o imposto ainda não foi instituído, em face da vivência negativa que diversos outros países tiveram e por esse motivo não gostariam que acontecesse a mesma experiência no Brasil.

Trata-se de uma matéria comprometedora, visto que se trata de mais uma forma de arrecadação fiscal e tendo o Brasil uma das maiores cargas tributárias do mundo e uma má administração dos recursos públicos, isso acaba causando ainda mais revolta.

Em alguns países o imposto não teve sucesso, isso é inegável, porém o Brasil tem uma realidade diferente e se não tentarmos instituí-lo no nosso país, não vamos saber se o resultado será positivo ou negativo.

Para que se alcance o verdadeiro Estado social, que todos nos queremos é necessário que cada um ajude a fiscalizar o caminho das verbas públicas, denunciando qualquer passe para burlar o sistema. Após isso, podemos pensar em instituir mais um imposto, qual seja o Imposto sobre Grandes Fortunas, que esta diretamente ligado ao princípio da capacidade contributiva.

## Referências

- AMARAL, Aghatta Giovanna Guimarães. **O imposto sobre grandes fortunas como instrumento de justiça tributária no Brasil**. 2016.79f. Trabalho de Conclusão de Curso- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARBOSA, Mônica Francisca da Silva; FREITAS, Pércia Maria Bughi. **Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em <<file:///C:/Users/windows/Downloads/35-315-1-PB.pdf>>. Acesso em 06 de agosto de 2018.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Competência tributária e Federação. Tributos Federais na Constituição, Imposto sobre Grandes Fortunas- IGF**. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/269490/mod\\_resource/content/1/DEF0512%20-%20IGF.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/269490/mod_resource/content/1/DEF0512%20-%20IGF.pdf)>. Acesso em 16 de agosto de 2018.
- BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao04.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao04.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2018.
- BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2018.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2018.
- Câmara dos Deputados. **PLP 11/2015**. Projetos de lei e outras proposições. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao= 946422>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.
- Câmara dos Deputados. **PLP 202/1989**. Projetos de lei e outras proposições. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao= 21594>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

Câmara dos Deputados. **PLP 277/2008**. Projetos de lei e outras proposições. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha\\_detramitacao?idProposicao=388149](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha_detramitacao?idProposicao=388149)>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

Câmara dos Deputados. **PLP 335/2016**. Projetos de lei e outras proposições. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha\\_detramitacao?idProposicao=2121694](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha_detramitacao?idProposicao=2121694)>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Disponível em <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5755/1/NT\\_n07\\_Discussoes-regulamentacao-imposto\\_Dinte\\_2011-out.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5755/1/NT_n07_Discussoes-regulamentacao-imposto_Dinte_2011-out.pdf)>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

COUTINHO ELOI, Pilar de Souza e Paula; LOPES, Yara Almeida. **A não regulamentação do IGF e os entraves que o rodeiam: um estudo sobre o porquê da não normatização dessa espécie tributária**. Disponível em <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1694>>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

DE CARVALHO JR., Pedro Humberto Bruno; PASSOS, Luana. **Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em <<http://plataformapoliticassocial.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Artigo-3- -Pedro-Henrique -IGF-3-DEZ-17-limpa.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

**Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em 06 de agosto de 2018.

KHAIR, Amir. **Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano**. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre-grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html>>. Acesso em 08 de agosto de 2018.

LIMA, José Edmilson de Souza; NETO, Manoel Régis Berigo De Andrade. **O princípio da capacidade contributiva e o princípio da igualdade**. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/i6ho76h6/cUq9ULH2mZPqm8xs.pdf>>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

MARETTI, Eduardo. **Para auditor, imposto sobre fortunas e heranças podem ‘arrecadar muito’**. Disponível em <<https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2015/06/para-auditor-impostos-sobre-fortunas-e-herancas-podem-arrecadar-muito-1621.html>>. Acesso em 08 de agosto de 2018.

MAZLOUM, Nadir. **O imposto sobre grandes fortunas é um erro triplo: moral, jurídico e econômico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-15/nadir-mazloum-imposto-grandes-fortunas-erro-inominavel>>. Acesso em 08 de agosto de 2018.

OLMEDO, Luiza Bulhões. **A maioria dos países desenvolvidos taxa ou já taxou as grandes fortunas**. Disponível em <<https://www.sul21.com.br/areazero/2015/06/a-maioria-dos-paises-desenvolvidos-taxa-ou-ja-taxou-as-grandes-fortunas/>>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

PEREIRA, Luciano Almeida. *Direito Tributário simplificado*, 1ª edição. Saraiva, 07/2011.

SEGUNDO, MACHADO, Hugo Brito. *Manual de Direito Tributário*, 10ª edição. Atlas, 03/2018.

Senado Federal. **PROJETO DE LEI DO SENADO nº 139, de 2017**. Atividade legislativa. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129136>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

Senado Federal. **PROJETO DE LEI DO SENADO nº 315, de 2015**. Atividade legislativa. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

SENNA, Andressa Paula. **A tributação das grandes fortunas e a justiça social**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI114947,11049-A+tributacao+das+grandes+fortunas+e+a+justica+fiscal>>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

## **Industrialização por encomenda: análise do conflito de competência tributária entre a União – IPI, Estados – ICMS e os Municípios – ISS**

*Tatiana Mezzomo Casteli<sup>1</sup>*

### **Introdução**

O Estado como instituição e provido de personalidade jurídica possui nos tributos uma das formas de obtenção de recursos afim de cumprir com seu papel de fornecer aos cidadãos os direitos e garantias básicas assim como previsto em nossa Carta Cidadã de 1988.

Sabe-se que a gama de tributos é vasta e cada unidade possui sua especificidade, competência e destinação. O presente estudo busca a individualização e o estudo do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias - ICMS e do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, verificando a possibilidade de sua incidência sobre a atividade de industrialização por encomenda.

Escolheu-se dissertar sobre o tema em razão da grande importância da destinação das receitas provenientes da tributação da atividade de industrialização por encomenda, vez que se trata de uma atividade em grande expansão em nosso país.

---

<sup>1</sup> tatiana.casteli@hotmail.com

Objetiva-se, destarte, analisar a atividade de industrialização por encomenda e verificar a correta incidência de impostos sobre a mesma, examinando o conflito existente entre o IPI, de competência federal, o ICMS, de competência estadual e o ISS, de competência municipal.

Para tanto, inicia-se pela delimitação do tema e a conceituação da hipótese a ser analisada coadunado com a descrição legal da atividade de industrialização e do conceito de produto industrializado.

Posteriormente, realiza-se uma análise dos Tributos IPI, de competência da União, ICMS, de competência dos Estados e do ISS, de competência do Municípios, colacionando suas hipóteses de incidência em especial no que concerne a atividade de industrialização por encomenda.

Corroborando com essa análise colaciona-se julgados dos tribunais administrativos dos Entes Federados, bem como, de nossos Tribunais Superiores dando ênfase as decisões mais recentes sobre a competência tributária na atividade de industrialização por encomenda exaradas do STF – Supremo Tribunal Federal.

Grifa-se, entretanto que o presente estudo não possui o condão de exaurir a matéria, na medida em que o assunto não se encontra pacificado por ora. Busca-se, outrossim, incentivar a realização de novos estudos e pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais face a relevância do tópico abordado.

## **1 A operação de industrialização por encomenda: conceituação e delimitação do tema**

Com o intuito de delimitar o tema central do presente trabalho, qual seja, a polêmica existente na competência tributária<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “Numa Federação, especialmente na brasileira, em que mesmo os Municípios têm sua esfera própria de atribuições exercidas com autonomia, a Constituição preocupa-se com prover de recursos os vários entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a fim de que cada qual possa atender aos seus respectivos dispêndios. Temos assim a *competência tributária* – ou seja, a *aptidão para criar tributos* – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.(AMARO, 2012. p. 115).

da operação de industrialização por encomenda, se faz necessária a conceituação de produto industrializado e de industrialização, os quais encontram-se regularmente previstos, de forma respectiva, nos artigos 3<sup>o3</sup> e 4<sup>o4</sup> do Decreto 7.212/2010.

Entende-se por produto industrializado o resultado, ainda que incompleto, dos processos de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, renovação, dentre outros, não se levando em consideração o processo utilizado, a localização e as condições das instalações e equipamentos empregados. Já com relação a industrialização, trata-se do processo através do qual se obtém o produto industrializado.

A industrialização por encomenda<sup>5</sup>, por sua vez, cinge-se na execução de parte do processo industrial de determinado bem fora do estabelecimento industrial<sup>6</sup> que o produz.

---

<sup>3</sup>Art. 3<sup>a</sup> Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária.

<sup>4</sup>Art. 4<sup>a</sup> Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3<sup>o</sup>, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

<sup>5</sup> Roberto Biava Júnior descreve a atividade de industrialização por encomenda como “Em verdade, uma indústria (pessoa jurídica), ao industrializar determinado produto industrializado (mercadoria) pode dispor de diversas opções para realizar suas atividades, exemplificando-se: a) pode, por exemplo, comprar todos os insumos necessários, fazer a industrialização em todas as suas etapas, e ao final dar a saída de seus produtos industrializados (finais, ou intermediários, se forem insumos para outras indústrias); b) pode, por exemplo, comprar todos ou alguns insumos necessários, fazer a industrialização na maior parte de suas etapas; contratar outras indústrias para industrializarem parte das etapas de produção (e até

Este tipo de industrialização é utilizado por vários segmentos de negócios, que, por questões estratégicas, transferem a outros estabelecimentos industriais parte de seu processo produtivo, os quais possuem o encargo de executar a sua parte no processo industrial e devolver a encomenda.

Por não haver ingerência estatal, a espécie tributária que deve incidir sobre tais operações é o imposto<sup>7</sup> em razão de seu fato gerador não estar atrelado à atuação estatal<sup>8</sup>. Tem-se que o fato gerador de imposto trata-se de uma situação que “não supõe nem se conecta com nenhuma atividade do Estado especificamente dirigida ao contribuinte” (AMARO, 2012, p. 52).

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, o imposto “é a viga mestra da arrecadação tributária, é um levantamento pecuniário junto aos particulares, baseado apenas em uma medida geral de capacidade econômica ou contributiva e em virtude da competência tributária” (NOGUEIRA, 1989, p. 162).

A grande discussão que dá ágio ao presente trabalho é a caracterização da atividade de industrialização por encomenda como prestação de serviço ou como industrialização, uma vez que define a tributação da mesma através do ICMS, de competência

mesmo agregarem novos insumos se necessário); e ao final dar a saída de seus produtos industrializados; c) pode, por exemplo, em termos mais extremos, apenas comprara todos ou alguns insumos necessários; contratar outras indústrias para realizarem todas as etapas de produção (e até mesmo agregarem novos insumos necessários); e ao final dar a saída de seus produtos industrializados; [...] É justamente neste contexto que surge a chamada operação de “*industrialização por encomenda*”, pela qual determinada pessoa jurídica industrial (aqui chamado “*autor da encomenda*”) contrata outra pessoa jurídica industrial (aqui chamado “*industrializador por encomenda*”) para que proceda a industrialização de certa etapa do processo industrial de determinado produto”. (2014, p. 35).

<sup>6</sup> Decreto 7.212/2010: Art. 8º Estabelecimento industrial é o que executa qualquer das operações referidas no art. 4º, de que resulte produto tributado, ainda que de alíquota zero ou isento.

<sup>7</sup> Artigo 16 do Código Tributário Nacional: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

<sup>8</sup> “[...]para exigir imposto de certo indivíduo, não é preciso que o Estado lhe preste algo determinado. A atuação do Estado dirigida a promover o bem comum beneficia o contribuinte, mas este frui das utilidades que o Estado fornece porque é membro da comunidade e não por ser contribuinte”.(AMARO, 2012, p. 52).



Estadual, do IPI, de competência da União ou do ISS, de competência municipal.

## **2 Enquadramento legislativo da industrialização por encomenda no âmbito do ICMS e do IPI**

Conforme já relatado, o ICMS<sup>9</sup> é o imposto de competência Estadual e o IPI<sup>10</sup> de competência da União. Ambos os entes federativos, assim como os municípios, hipótese a ser analisada no item posterior, entendem pela tributação da atividade de industrialização por encomenda e a destinação da receita da operação aos seus cofres.

No que concerne ao ICMS, este tem como característica a conjunção de várias hipóteses de incidências dando nascimento à obrigação tributária. Dentre elas destaca-se a circulação de mercadorias.

À expressão "*circulação de mercadorias*" é aplicada os mais variáveis entendimentos. Genericamente, o vocábulo circulação expressa a ideia de movimento, de algo que encontra-se em posição não estática, que passa de um lugar para outro. Entretanto, este não é o seu sentido jurídico.

Na seara tributária, especificamente no campo de incidência do ICMS, circular extrapola o sentido meramente físico para alcançar seus aspectos jurídicos. Neste sentido, "*circulação de mercadorias*" é aquela que apresenta consequências jurídicas. A mera circulação física é imprópria para alcançar a hipótese de incidência do ICMS abstratamente prevista em lei<sup>11</sup>. Vislumbra-se,

---

<sup>9</sup> Artigo 155, II da Constituição Federal: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

<sup>10</sup> Artigo 153, IV da Constituição Federal: Compete à União instituir impostos sobre: IV - produtos industrializados.

<sup>11</sup> "O fato gerador do ICMS é: - a circulação de mercadorias (coisas móveis destinadas ao comércio), que implica na transmissão de propriedade da mercadoria na cadeia econômica entre os produtores,

então, que a mercadoria que circula e que faz nascer a obrigação tributária não se movimenta apenas fisicamente, mas circula essencialmente sob o aspecto jurídico.

Sacha Calmon também segue o mesmo entendimento quando diz que a mera e estrita saída física de mercadorias não caracteriza o fato gerador jurígeno do ICMS, necessária a circulação econômica e, principalmente, a jurídica, que se perfaz somente quando ocorre alteração na titularidade da "res" (COÊLHO, 2018).

No Estado do Rio Grande do Sul, a industrialização por encomenda possui sua tributação, no que concerne ao ICMS, diferida para a etapa posterior, conforme previsto no artigo 1, Livro III, Apêndice II, Seção I, item II do Regulamento do ICMS.

**Art. 1º** -Difere-se para a etapa posterior o pagamento do imposto devido nas operações com as mercadorias relacionadas no Apêndice II, Seção I, realizadas entre estabelecimentos inscritos no CGC/TE, localizados neste Estado, hipótese em que a responsabilidade pelo referido pagamento fica transferida ao destinatário da mercadoria.

§ 1º -Para os efeitos deste artigo, considera-se etapa posterior:

a) a saída subsequente da mercadoria, no mesmo estado ou submetida a processo de industrialização, promovida pelo responsável, ainda que isenta ou não-tributada, salvo se ocorrer novo diferimento;

#### APÊNDICE II

#### OPERAÇÕES E MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

##### Seção I

##### OPERAÇÕES COM DIFERIMENTO PREVISTO NO LIVRO III, ART. 1º

ITEM	DISCRIMINAÇÃO
I	Remessa para fins de industrialização, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, acondicionamento, confecção, pintura, lustração e operações similares, bem como para demonstração, armazenamento, conserto e restauração de máquinas e aparelhos, e recondicionamento de motores, a estabelecimentos de terceiros, de mercadorias destinadas à comercialização ou à produção industrial, desde que deva haver devolução ao estabelecimento de origem

intermediários e os consumidores finais, independente de sua circulação física. O art. 12, I, da LC 87/96 exige o tributo, mesmo quando da circulação entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (princípio da autonomia dos estabelecimentos); - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; - a prestação de serviços de comunicação onerosos; - a importação de produtos os serviços do exterior; - a prestação de serviços não incluídos na competência dos municípios, desde que prestados com fornecimento de mercadorias." (BARREIRINHAS, 2009. p. 175).

O IPI, por sua vez, caracteriza-se essencialmente pela seletividade<sup>12</sup> em razão da essencialidade do produto sobre o qual incide e pela não cumulatividade<sup>13</sup>, assim como o ICMS.

Possui como fato gerador, nos termos do parágrafo único do art. 46 do CTN<sup>14</sup>, a industrialização de um produto, atividade esta conceituada como “qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo,[...]”<sup>15</sup>.

No que tange a atividade de industrialização por encomenda, de acordo com o previsto nos incisos VI e VII do artigo 43 do Regulamento do IPI<sup>16</sup>, há a suspensão da incidência do imposto

---

<sup>12</sup> “A seletividade do IPI significa que menores devem ser suas alíquotas para os produtos industrializados essenciais e maiores quanto mais for considerado supérfluo ou desnecessário o produto. Também devem ser exacerbadas as alíquotas de produtos de consumo desaconselhável, como, por exemplo, os cigarros, consubstanciando, assim, utilização extrafiscal do imposto com o intuito de interferir (desestimulando) nas relações de produção e consumo. Teoricamente, a seletividade pode, ainda, ser efetivada por meio do estabelecimento de bases de cálculo diferenciadas”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007)

<sup>13</sup> “A não-cumulatividade evita a superposição tributária e a oneração do preço final do produto industrializado. Numa cadeia de operações, em que o industrial utiliza vários insumos (matéria prima, material de embalagem e produtos intermediários) para industrializar o produto final, o imposto que recaiu na operação de entrada dos insumos no estabelecimento deve ser descontado do imposto incidente na operação de saída do produto industrializado. Com isso, a tributação recairia apenas sobre o valor que foi adicionado em cada operação”. (ÁVILA, 2011. p. 507).

<sup>14</sup> Artigo 46 parágrafo único do CTN:O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador: § único: Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoamento para o consumo.

<sup>15</sup> Artigo 4º DECRETO Nº 7.212, DE 15 DE JUNHO DE 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

<sup>16</sup>Art. 43. Poderão sair com suspensão do imposto:

VI - as matérias-primas, os produtos intermediários e os materiais de embalagem destinados à industrialização, desde que os produtos industrializados sejam enviados ao estabelecimento remetente daqueles insumos;

VII - os produtos que, industrializados na forma do inciso VI e em cuja operação o executor da encomenda não tenha utilizado produtos de sua industrialização ou importação, forem remetidos ao estabelecimento de origem e desde que sejam por este destinados:

a) a comércio; ou

b) a emprego, como matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, em nova industrialização que dê origem a saída de produto tributado;

quando da remessa de matérias-primas para industrialização e no retorno dos respectivos produtos no que concerne aos insumos anteriormente remetidos.

Tem-se, desta forma, o tratamento tributário à espécie de industrialização por encomenda dado pelo Estado através do ICMS e pela União através do IPI, vez que entendem tratar-se de um verdadeiro processo de industrialização possuindo como resultado um produto industrializado caracterizado como mercadoria<sup>17</sup>.

### **3 A lista de serviços da Lei Complementar 116/2003 em face do Decreto-Lei 406/68: Alterações atinentes a incidência do ISS**

O ISS<sup>18</sup>, imposto de competência Municipal, encontra-se constitucionalmente previsto no artigo 156, III, assim descrito, “Compete aos Municípios instituir impostos sobre:III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no Art. 155, II, definidos em lei complementar”.

O STJ vinha entendendo como competente para a cobrança do ISS o município em cujo território ocorria a prestação do serviço<sup>19</sup>, sendo irrelevante o local em que se encontrava o estabelecimento prestador.

Ocorre que, com o advento da Lei Complementar 116/2003, houve a alteração da competência para o local da sede do prestador

---

<sup>17</sup> O termo mercadoria no dizer de Carvalho de Mendonça: “as coisas quando objeto de atividade mercantil, por outra quando objeto de troca de circulação econômica, tomam o nome de mercadoria. *Commercium* quase *commutatio mercium*. A coisa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se produto, manufato ou artefato; passa a ser mercadoria logo que objeto de comércio do produtor ou do comerciante por grosso ou a retalho, que a adquire para revender a outro comerciante ou ao consumidor; deixa de ser mercadoria logo que sai da circulação comercial e se acha no poder ou propriedade do consumidor”. (Apud SOARES DE MELO, 2012. p. 17-1).

<sup>18</sup> Artigo 156, III da CF: Compete aos Municípios instituir impostos sobre:III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

<sup>19</sup> Serviço, segundo a lição de Pontes de Miranda, é “qualquer prestação de fazer”, pois “servir é prestar atividade a outrem”, é prestar qualquer atividade que se possa considerar “locação de serviços” envolvendo seu conceito apenas obrigação de fazer determinado serviço a outrem. Trata-se, assim, “de dívida de fazer, que o locador assume. O serviço é a sua prestação”. (MIRANDA, 1970. p. 3-4).

do serviço<sup>20</sup>, segundo o previsto no artigo 3<sup>o</sup><sup>21</sup>, do referido diploma legal<sup>22</sup>.

Nesse sentido o ISS tem como fato gerador a prestação de serviços, mediante remuneração, qualquer que seja a natureza do serviço, desde que realmente seja uma “prestação de serviço”<sup>23</sup> e que esteja autorizada na lista permissiva da LC 116/03.

Assim, tem-se que o contribuinte do ISS é o prestador do serviço (artigo 5<sup>o</sup>, LC 116/2003<sup>24</sup>). Grifa-se que a norma é meramente exemplificativa, “pois qualquer prestação de serviço que não seja realizada por empresa ou trabalhador autônomo não configura a hipótese de incidência, está fora dela e, portanto, configura hipótese de não incidência” (MACHADO, 2011, p. 416).

---

<sup>20</sup> “Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante para caracterizá-lo as denominações – sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato, ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas (Lei Complementar 116/2003, art. 4<sup>o</sup>)”. (MACHADO, 2011, p. 410).

<sup>21</sup>Art. 3<sup>o</sup> O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local: II – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1<sup>o</sup> do art. 1<sup>o</sup> desta Lei Complementar;

<sup>22</sup>AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. COMPETÊNCIA. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. ART. 3<sup>o</sup> DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o julgamento pelo colegiado do agravo regimental interposto contra decisão singular do relator supera a alegação de supressão de instância e de eventual ofensa ao art. 557, do CPC. 2. Para Corte a quo, a competência tributária para a cobrança do ISSQN se fixa a partir do local da prestação do serviço, isto é, onde se dá o fato gerador. 3. Ao decidir assim, o tribunal estadual dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior que já decidiu: “a competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3<sup>o</sup>)”. Agravo Regimental improvido. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N<sup>o</sup> 304.493 - SP (2013/0053816-7) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n<sup>o</sup> 304.493 - SP.** RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS. Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acesso em 30 agosto de 2018.

<sup>23</sup> “Não é necessário que o conceito de serviço esteja no direito privado. Muito menos que ele esteja definido em norma do direito privado. Para que ele não possa ser alterado pelo legislador tributário basta que esteja – como está – na Constituição Federal, pois sua alteração pelo legislador implica evidente alteração da norma da Constituição na qual está albergado”. (MACHADO, 2011, p.412).

<sup>24</sup>Artigo 5<sup>o</sup>, LC 116/2003: Contribuinte é o prestador do serviço.

Desta forma, tendo sido efetuada uma breve abordagem da atividade de industrialização por encomenda e os possíveis tributos inerentes à espécie, passa-se a análise da jurisprudência judicial e administrativa dos Entes Federados, acerca da divergência existente.

#### **4 A posição jurisprudencial e dos Entes Federativos (União – IPI, Estados – ICMS e Municípios – ISS)**

Conforme abordado nos itens anteriores, o escopo do presente estudo tem por base a análise do grande conflito entre a União, os Estados e os Municípios, no que tange à tributação da atividade de industrialização por encomenda.

Tal discussão acirrou-se com a aprovação da Lei Complementar 116/2003 coadunado com a Lei Complementar 157/2016, as quais regulam as normas gerais do ISS, mais precisamente no item 14.05 que trouxe alterações à tributação dos serviços de beneficiamento, galvanoplastia, anodização, dentre outros.

A referida discussão tem ágio no fato de que o DL 406/68<sup>25</sup> previa que a tributação dos serviços mencionados acima ocorreria quando os objetos sujeitos à operações de serviço não fossem destinados à industrialização ou comercialização.

Já a LC 116/2003, posteriormente alterada pela LC 157/2016<sup>26</sup> suprimiu do texto legal tal exigência, razão pela qual os municípios passaram a entender como tributáveis todos os serviços, independente da destinação do objeto.

Assim, cada Ente Federativo passou a efetuar a sua própria análise acerca da tributação da atividade de industrialização por encomenda.

---

<sup>25</sup> DL 406. Item 72: Recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos não destinados à industrialização ou comercialização.

<sup>26</sup> LC 157. Item 14.5: Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, plastificação, costura, acabamento, polimento e congêneres de objetos quaisquer..

A União, conforme se pode concluir pelas disposições do regulamento do IPI, entende que a remessa de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagens para industrialização por encomenda e o posterior retorno destes produtos pelo encomendante, são fatos geradores do imposto sob sua tutela, mesmo havendo a suspensão de sua cobrança para tais operações<sup>27</sup>.

Nesse sentido, aduz o Conselheiro do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Julio César Alves Ramos, que a própria legislação do IPI “cuida da figura da industrialização por encomenda mediante a remessa de insumos por parte de encomendante” a qual “[...] não exclui nem mesmo os casos em que o executor da encomenda não agrega nenhum insumo por si adquirido”. Por fim, em seu voto grifa que “mesmo nesta última hipótese, em que se poderia legitimamente pretender sua equiparação a mera prestação de serviço, a obrigação relativa ao IPI é mantida”<sup>28</sup>.

O estado, por sua vez e segundo o constante em seus julgados administrativos, entende que a atividade de beneficiamento de mercadoria destinada à revenda está sujeita somente ao ICMS, em virtude de que a contratação do serviço de industrialização visa à continuidade da cadeia de circulação da mercadoria até o consumidor final.

---

<sup>27</sup>Nesse sentido, o seguinte julgado administrativo: Processo nº 11065.005345/2002-91 CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI BASE DE CÁLCULO INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. Provado que o bem submetido a industrialização adicional em outro estabelecimento é empregado pelo encomendante em seu processo produtivo na condição de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, para obtenção do produto por ele exportado, o valor pago ao executor integra a base de cálculo do incentivo instituído pela Lei 9.363/96 deferido ao produtor-exportador.

Recurso Especial do Procurador Negado Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente Júlio César Alves Ramos - Relator Acórdão n.º 9303-002.613. Disponível em file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Decisao\_11065005345200291.PDF acesso em 30 de agosto de 2018..

<sup>28</sup>Processo nº 11065.005345/2002-91. Acórdão n.º 9303-002.613. Disponível em file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Decisao\_11065005345200291.PDF acesso em 30 de agosto de 2018.

Neste diapasão, pouco importa que a pessoa jurídica autora da encomenda forneça todos os materiais utilizados no processo de industrialização, mas sim o fato de que há a circulação de mercadorias e não a prestação de serviço<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup>ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MATRIZES PARA FABRICAÇÃO DE CALÇADOS. INCIDÊNCIA DO ICMS. ISSQN AFASTADO. PEDIDO INDEFERIDO. Contribuinte regularmente inscrito no CGC/TE na modalidade geral no período de 01/07/2003 a 31/08/2006, tendo o seu ramo de atividade a indústria, comércio, importação e exportação de moldes e matrizes, usinagem de peças e a respectiva prestação de serviços, enfatiza ser a usinagem de peças para a indústria calçadista sua principal atividade. Produz matrizes para a produção de calçados que são utilizadas nas máquinas injetoras de sapatos de plástico. Entende que estas matrizes produzidas não estão no campo de incidência do ICMS e consubstanciado na Lista Anexa da Lei Complementar nº 116/2003, no item 14, subitem 05, estaria sujeito à tributação pelo ISS, inclusive sendo objeto de notificação pelo Fisco Municipal para o recolhimento deste tributo, razão pela qual ingressou com o presente pedido de repetição de indébito. A operação descrita pela recorrente é o recebimento do material (matéria-prima, chapas de alumínio) para beneficiamento ou transformação em matrizes, feitas a um consumidor final que as utilizam na produção de outros produtos. Esta matéria prima pode ser própria ou de propriedade de terceiro encomendante. A indústria calçadista adquirente das matrizes não as vende junto com os calçados produzidos. A Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 deve ser interpretada juntamente com o disposto no inciso II, do Art. 155 da Constituição Federal que dispõe ser de competência dos Estados e do Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Considera-se mercadoria qualquer bem móvel, novo ou usado (Art. 2º, Inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.820/89 - Lei Básica do ICMS). A transformação de chapas de alumínio em matrizes não se constitui em tão somente prestação de serviço. A transformação da chapa resulta num produto industrializado, uma mercadoria nova, que como tal será negociada ao adquirente/encomendante, pouco importando se este fornece o insumo ou não, o que influenciaria apenas na determinação do preço final da matriz ao encomendante. A fabricação de outros produtos elaborados em metal é a principal atividade econômica fiscal da requerente junto ao cadastro fiscal (fl.258). A fabricação, por sua essência, é a confecção de um bem resultante de um processo industrialização e não da prestação de serviço. O subitem 14.05 da Lista Anexa a Lei Complementar nº 116/2003 contempla exclusivamente esta tributação no caso das prestações de serviço ser executadas em bens de terceiros, mas não existe a previsão de que a prestação de serviço possa ser executada sobre mercadorias, originando uma espécie nova, inclusive com classificação distinta. Este destaque é reforçado no título do item 14 - "Serviços relativos a bens de terceiros". Neste sentido também disciplina a Instrução Normativa DRP nº 45/98, Título I, Capítulo II, item 4.0, transcrita pela peticionária na inicial. Admitindo-se que a recorrente tenha recebido as chapas de alumínio de terceiros, estas chapas ainda não são bens de uso e consumo, são mercadorias que estão em processo de fabricação, apenas serão agregadas a esta categoria (bem de uso ou consumo) após serem transformadas em matrizes. Assim, a operação descrita no recurso refere-se a um processo de industrialização e não uma mera prestação de serviço. Diversa é a situação se o contribuinte remeter a matriz, produto pronto, já integrada ao seu parque industrial como bem de uso ou consumo, para um processo de reparo, manutenção ou conserto, pois, nesta hipótese, o serviço realizado estará sujeito ao ISS e não ao ICMS. Nas Notas Fiscais com a natureza da operação devolução de conserto anexadas nos autos pela recorrente inexistente o destaque do ICMS (NFs nºs 113 (fl.25), 115 (fl.27), 118 (fl.30), 119 (fl.31) e 123 (fl.35) entre outras). As demais Notas Fiscais possuem a natureza de operação "Devolução de industrialização. p/ encomenda" CFOP 5902 e "Industrialização efetuada p/ empresa" CFOP 5124, logo, registram uma operação de industrialização, principal atividade econômica fiscal da recorrente. Ausente a convicção de recolhimento tributário indevido, não se



Os julgados administrativos do TARF – Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, são no sentido de que atividade de industrialização por encomenda “refere-se a um processo de industrialização e não uma mera prestação de serviço”. Exemplifica-se da seguinte forma: “A transformação de chapas de alumínio em matrizes não se constitui em tão somente prestação de serviço. [...] resulta num produto industrializado, uma mercadoria nova, que como tal será negociada ao adquirente/encomendante”, acrescentando que “[...] pouco importa se este fornece o insumo ou não, o que influenciaria apenas na determinação do preço final da matriz ao encomendante”<sup>30</sup>.

Os Municípios, em sua grande maioria, após o advento da LC 116/2003, iniciaram a tributação das empresas que tem como atividade principal a industrialização por encomenda, entendendo que a referida atividade é fato gerador do ISS<sup>31</sup>.

---

configurando o direito de repetição pecuniária de tributo recolhido. Tal instituto é restrito às hipóteses de pagamento indevido ou maior do que devido (IN DRP nº 45/98, Título IV, Capítulo IV, item 2.1.1). Confirmada a Decisão de Primeira Instância que indeferiu o pedido de repetição de indébito pleiteado por seus próprios e jurídicos fundamentos. Manifestação de Defensoria da Fazenda acolhida. Recurso voluntário desprovido. Unânime. Recurso nº 1018/10. Acórdão nº 223/11. Disponível em:

<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=181909&inpCodDispositivo=4031736&inpDsKeywords=industrializa%E7%E3%20%20AND%20opor%20%20AND%20encomenda%20%20AND%20iss> Acesso em: 25 de julho de 2015.

<sup>30</sup>Recurso nº 1018/10. Acórdão nº 223/11. Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=181909&inpCodDispositivo=4031736&inpDsKeywords=industrializa%E7%E3%20%20AND%20opor%20%20AND%20encomenda%20%20AND%20iss> acesso em: 30 de agosto de 2018..

<sup>31</sup>ISSQN: BENEFICIAMENTO. TRANSFORMAÇÃO. INCIDÊNCIA. PARA DETERMINAR A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA IMPORTA CONSIDERAR OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA PRESTAÇÃO. 1. beneficiar representa melhorar algo, apurar por processos técnicos, além de alterar o funcionamento, a utilidade, o acabamento ou a aparência de um bem material por meio de uma operação industrial ou técnica modificativa do objeto e, quando realizada sob encomenda, fica sujeito ao ISSQN, incluso no item 14.05 da Lista de Serviços. 2. A industrialização sobre os bens de terceiros, realizada pela Recorrida, consiste basicamente em receber os vergalhões de aço, latão ou alumínio, e cortar, colocar a rosca, furar e ou desbastar, enfim, produzir peças atendendo às especificações técnicas e projetos fornecidos pelo dono do material. Este procedimento chamar de “transformação” é mera retórica, que em nada altera a natureza jurídica da prestação. 3. A correspondência do fato com a hipótese de incidência se dá pelos elementos essenciais que configuram um determinado gênero/espécie de serviço e não pela nomenclatura da Lista de

O Município de Porto Alegre possui Jurisprudência administrativa consolidada no sentido de que a partir da Lei Complementar 116/2003, os serviços previstos pelo item 14.05 da lista anexa “submetem-se à tributação pelo ISS, mesmo se acompanhados de mercadorias, forte no artigo 1º, parágrafo 2º da referida lei, independentemente da sua destinação para industrialização ou comercialização”<sup>32</sup>.

Os Julgadores Administrativos da referida municipalidade utilizam o argumento de que “não há exigência, na Constituição da República, de que os serviços a serem tributados pelos Municípios sejam independentes de processo posterior de industrialização ou comercialização” não impedindo a sujeição de “serviços intermediários do processo de industrialização ao ISS”<sup>33</sup>.

Por fim, necessário trazer à baila os recentes julgados do STF – Supremo Tribunal Federal, os quais consideram como critério para a incidência do ICMS e do IPI, em detrimento do ISS na operações de industrialização por encomenda, o retorno do bem à circulação, consistindo a industrialização apenas como uma etapa no processo produtivo<sup>34</sup>.

Serviços, muito menos pelo nome atribuído pelo próprio prestador do serviço. 4. Dado provimento ao Recurso Especial do Secretário, por maioria. Processo: 001.105387.10.0 (001.103264.10.8 – 001.102915.09.1) Disponível em: <http://tar.procempa.com.br/tar/servlet/br.com.procempa.smf.tar.hwdecisaovinculada?1105387100> Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018..

<sup>32</sup>Processo: 001.105387.10.0 (001.103264.10.8 – 001.102915.09.1) Disponível em: <http://tar.procempa.com.br/tar/servlet/br.com.procempa.smf.tar.hwdecisaovinculada?1105387100> Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018..

<sup>33</sup>Processo: 001.105387.10.0 (001.103264.10.8 – 001.102915.09.1) Disponível em: <http://tar.procempa.com.br/tar/servlet/br.com.procempa.smf.tar.hwdecisaovinculada?1105387100> Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018..

<sup>34</sup>EMENTA Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Conflito de incidência entre o ISSQN e o IPI e ICMS. Industrialização por encomenda. Prequestionamento. Existência. Efetivo debate dos temas constitucionais no acórdão recorrido. Súmula nº 279/STF. Não aplicação. 1. Os temas constitucionais objetos do recurso extraordinário foram submetidos a efetivo debate perante o Tribunal de origem. Preenchido o requisito do prequestionamento. 2. A decisão agravada não reexaminou fatos e provas, o que afasta a alegada incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Na industrialização por encomenda, se o bem retorna à circulação, tal processo industrial representa apenas uma fase do ciclo produtivo da encomendante, não estando essa atividade, portanto, sujeita ao ISSQN, como é o caso dos presentes autos. Nesse sentido: AI nº 803.296/SP-AgR, Primeira

Outro aspecto a ser analisado, segundo a mais remansosa Jurisprudência da Corte constitui-se na necessidade do intérprete perquirir “se o sujeito passivo presta um serviço marcado por um talento humano específico e voltado ao destinatário final, ou desempenha atividade essencialmente industrial, que constitui apenas mais uma etapa dentro da cadeia de circulação”. Sob a referida análise, conclui o julgador que “não é possível fazer incidir o ISS nas hipóteses em que a atividade exercida sobre o bem constitui mera etapa intermediária do processo produtivo”<sup>35</sup>.

Verifica-se assim a grande contrariedade que há na interpretação acerca da tributação da atividade de industrialização por encomenda, muito embora os Tribunais Superiores, em especial o STF – Supremo Tribunal Federal, venha sinalizando com a pacificação da matéria em deslinde.

---

Turma, de minha relatoria, DJe de 7/6/13; ADI nº 4.389/DF-MC, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 25/5/11. 4. Nego provimento ao agravo regimental. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018..

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Serviço de composição gráfica com fornecimento de mercadoria. Conflito de incidências entre o ICMS e o ISSQN. Serviços de composição gráfica e customização de embalagens meramente acessórias à mercadoria. Obrigação de dar manifestamente preponderante sobre a obrigação de fazer, o que leva à conclusão de que o ICMS deve incidir na espécie. 1. Em precedente da Corte consubstanciado na ADI nº 4.389/DF-MC, restou definida a incidência de ICMS “sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria”. 2. A verificação da incidência nas hipóteses de industrialização por encomenda deve obedecer dois critérios básicos: (i) verificar se a venda opera-se a quem promoverá nova circulação do bem e (ii) caso o adquirente seja consumidor final, avaliar a preponderância entre o dar e o fazer mediante a averiguação de elementos de industrialização. 4. À luz dos critérios propostos, só haverá incidência do ISS nas situações em que a resposta ao primeiro item for negativa e se no segundo item o fazer preponderar sobre o dar. 5. A hipótese dos autos não revela a preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar. Pelo contrário. A fabricação de embalagens é a atividade econômica específica explorada pela agravante. Prepondera o fornecimento dos bens em face da composição gráfica, que afigura-se meramente acessória. Não há como conceber a prevalência da customização sobre a entrega do próprio bem. 6. Agravo regimental não provido. AI 803296 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NOAGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 09/04/2013 Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018.

<sup>35</sup>ARE 839976 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL . AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 10/02/2015. Órgão julgador: Primeira Turma Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em: acesso em 30 de agosto de 2018.

## **Considerações finais**

Ao analisar a tributação incidente sobre a atividade de industrialização por encomenda procurou-se, através da conceituação dos institutos e da delimitação do negócio jurídico, abordar os tipos de impostos inerentes a ela.

Realizou-se uma desconstrução do conceito de industrialização por encomenda dando ênfase aos conceitos de industrialização e produto industrializado, assim como, a definição de serviço e prestação de serviços.

Coadunado com isso verificou-se as possibilidades de incidência tributária sobre a atividade em comento iniciando pelo ICMS, de competência estadual, passando pelo IPI, de competência federal e finalizando no ISS, de competência municipal.

Utilizou-se para tanto a legislação pátria em vigor, em consonância com o disposto em nossa Carta Magna de 1988, as diretrizes doutrinárias sobre o tema e a sua efetiva aplicação nos mais diversos julgados dos Entes Federados, em seus respectivos Conselhos e Tribunais Administrativos, e nas decisões da Suprema Corte de nosso Estado de Direito.

Desta forma, diante de todo o material analisado, conclui-se o presente estudo apontando a impossibilidade de incidência do ISS, de competência municipal, nas atividades denominadas como industrialização por encomenda.

Isso porque, dentre todas as razões já explanadas anteriormente neste estudo, as operações de industrialização por encomenda cingem-se em atividades preponderantemente industriais e possuem como objeto produtos industrializados, posteriormente transformados em mercadoria, além de constituírem apenas mais uma parte do processo produtivo e de circulação da mercadoria.

Assim, as operações efetuadas nos moldes de industrialização por encomenda, devem necessariamente ser

tributadas pelo ICMS, de competência estadual e pelo IPI de competência federal.

## Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência**. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de direito tributário**. 6<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- BARREIRINHAS, Robinson Sakiyama. **Como se preparar para o exame da Ordem, 1<sup>a</sup> fase: tributário**/Robinson Sakiyama Barreirinhas; coordenador Vauledir Ribeiro Santos. – 6<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009
- BLAVA JUNIOR, Roberto. A tributação das operações de “*industrialização por encomenda*”: análise do conflito de competência vertical entre os Entes Federativos (União – IPI, Estados – ICMS, Municípios – ISS). In. **Direito tributário I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB**; coordenadores: Ana Paula Basso, Antônio Carlos Diniz Murta, Raymundo Juliano Rego Feitosa. – Florianópolis : CONPEDI, 2014.
- BRASIL, **Decreto 7.212 de 15 de junho de 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm). Acesso em 30 de agosto de 2018..
- BRASIL, **Decreto 37.699 de 26 de agosto de 1997. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS)**. Disponível em <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109362&inpCodDispositive=3478363>. Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968**. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos **impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Delo406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Delo406.htm). Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL, **Lei Complementar 116 de 31 de julho de 2003**. **Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em 04 de dezembro de 2014.

BRASIL, **Lei Complementar 157 de 29 de dezembro de 2016**. **Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_18/leis/lcp/lcp157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_18/leis/lcp/lcp157.htm). Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal e Código Tributário Nacional**. 9ª Edição. Nylson Paim de Abreu Filho (organizador). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. Receita Estadual. TAREF. **Recurso nº 1018/10. Acórdão nº 223/11**. Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=181909&inpCodDispositive=4031736&inpDsKeywords=industrializa%E7%E3%20%20AND%20por%20%20AND%20encomenda%20%20AND%20iss> Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Município de Porto Alegre. Secretaria da Fazenda. **Processo: 001.105387.10.0 (001.103264.10.8 - 001.102915.09.1)**. Disponível em: <http://tar.procempa.com.br/tar/servlet/br.com.procempa.smf.tar.hwdecisaovinculada?1105387100> Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Secretaria da Fazenda. Receita Federal. CARF. **Recurso Especial do Procurador n.º 9303002.613**. Presidente: Conselheiro Júlio Cesar Alves Ramos. Disponível em file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Decisao\_11065005345200291.PDF Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 304.493 – SP**. RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS. Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.389/DF-MC**. RELATOR : MINISTRO Joaquim Barbosa. Disponível em <http://www.stf.jus.br> Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 803296 AgR / SP - SÃO PAULO**. RELATOR : Dias Toffoli. Disponível em <http://www.stf.jus.br> Acesso em 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 839976 AgR / RS**. RELATOR : Roberto Barroso. Disponível em <http://www.stf.jus.br> Acesso em 30 de agosto de 2018.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo XLVII**. Rio de Janeiro: Editora Borsó, 1970.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7ª ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **ICMS – Teoria e prática**. Ed. Dialética, 2012. p. 17-18.





## Os direitos humanos internacionais e a vertente do refúgio

*Taís Regina Zanotto<sup>1</sup>*  
*Nadya Regina GusellaTonial<sup>2</sup>*

### Introdução

Os direitos humanos surgiram com o intuito de proteger a pessoa dentro de seu Estado nacional, para instituir as liberdades e as garantias individuais inerentes a cada indivíduo, como o direito à vida e à liberdade, e para limitar o poder soberano do ente estatal.

Contudo, contemporaneamente, tornou-se necessário que tais direitos sejam observados, não somente no ordenamento jurídico interno dos países, mas, também, pela comunidade internacional. Tal noção se consolidou a partir de um processo gradual de internacionalização dos direitos humanos, que foi instrumentalizado por meio de declarações e tratados firmados pelos entes internacionais, enfatizando o compromisso dos Estados em assegurar o tratamento humanitário às pessoas.

Desse modo, os direitos humanos têm como objetivo máximo resguardar as pessoas de violações aos direitos que lhes são inerentes, simplesmente em razão de seu pertencimento ao gênero humano. Sob outra ótica, os direitos humanos justificam-se

---

<sup>1</sup> tais.zanoto@hotmail.com

<sup>2</sup> nadyatonial@gmail.com

pelo fato de que, uma vez que o ser humano é a fonte criadora, bem como o destinatário de todo o ordenamento jurídico, é dever deste possibilitar e assegurar sua vida e sua dignidade.

Nesse contexto, emergiu a figura dos refugiados, cuja proteção foi regulamentada na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, bem como nos demais textos normativos que vieram a complementá-la. Em razão das históricas e constantes violações aos direitos, os refugiados demandam dos Estados, bem como de toda comunidade internacional, a adoção de uma postura protetiva, que assegure a concretização de suas garantias fundamentais.

Assim, o presente artigo possui uma dúplici função, ou seja, compreender a consolidação dos direitos humanos no plano internacional, de modo a buscar o respeito e a dignidade ao gênero humano, e investigar a importância do direito internacional de buscar refúgio, diante da realidade da comunidade internacional.

## **2 Internacionalização dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana**

A internacionalização dos direitos humanos consiste em um processo de expansão natural do preceito jurídico da proteção da pessoa humana, em razão da necessidade de sua observância além do âmbito interno dos Estados. Tal fenômeno é de suma importância na comunidade internacional contemporânea, porque traz consigo a ideia de enaltecimento e valorização da pessoa humana, por meio da cooperação entre os Estados em sobreposição aos conceitos de territorialidade, nacionalidade e soberania, anteriormente consagrados como absolutos.

Para que os direitos humanos fossem internacionalizados e se tornassem questão de legítimo interesse internacional, foi necessária a redefinição da noção e do alcance do poder soberano estatal. Além disso, também foi preciso modificar o *status* da

pessoa humana no âmbito internacional, para que passasse a ser sujeito de direitos internacionais (PIOVESAN, 2004, p. 125).

Nesse particular, há que se destacar a íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais, sendo que tal elo constitui um dos postulados em que se estrutura o direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2001, p. 26).

Destaca-se que, os ideais de justiça, liberdade, igualdade, solidariedade e até mesmo da dignidade da pessoa humana, mesmo que em intensidades diferentes, sempre estiveram presentes em todas as sociedades humanas, sendo a noção de direitos do homem tão antiga quanto à própria sociedade. Tais direitos existem pelo simples fato de o homem ser homem, independentemente de sua positivação. Exemplificativamente, destaca-se o Código de Hamurabi, criado por volta de 1800 a.C. na Mesopotâmia, o qual dispunha em seu prólogo, dentre outros apontamentos, o objetivo de evitar a opressão dos fracos e propiciar o bem estar do povo, dizeres muito próximos da finalidade da existência dos direitos humanos (MARMELSTEIN, 2016, p. 29).

É expressiva, também, para a consolidação dos direitos humanos a herança deixada pelas civilizações gregas, mormente no que concerne aos direitos políticos, em razão da democracia ateniense adotar a participação política dos cidadãos. Além disso, a antiguidade grega prezava pela reflexão acerca da superioridade de determinadas normas em detrimento de outras, a partir do enfoque na pessoa humana (RAMOS, 2016, p. 35).

Na Idade Média, por sua vez, merece destaque a *Magna Carta Libertatum*<sup>3</sup>, declaração solene que o rei João Sem-Terra assinou em 15 de junho de 1215, deixando implícito pela primeira vez na história política medieval que o rei encontrava-se vinculado pelas próprias leis que editava. Tal declaração reconheceu que os direitos próprios

---

<sup>3</sup>A Magna Carta propôs, de forma pioneira, a redução da arbitrariedade estatal na aplicação das penas, por meio da previsão da observância do devido processo legal nos casos de prisão ou privação de propriedade (CASTILHOS, 2015, p. 70).

da nobreza e do clero existiam independentemente do consentimento do rei e este, não podia modifica-los. Assim, essa primeira limitação institucional dos poderes do rei pode ser considerada, de modo genérico, como um indício do despontar da democracia moderna (COMPARATO, 2015, p. 91-92).

Contudo, foi na Idade Moderna que, de fato, ganhou ênfase a importância da existência de direitos mínimos a todos os seres humanos, independente de suas particularidades. Nesse período de nascimento do direito internacional, os principais doutrinadores admitiram a personalidade internacional do homem, dada a influência do Direito Natural, defendendo que o ser humano era o cerne do direito internacional e que a comunidade internacional constituía-se por seres humanos, organizados em Estados (TRINDADE, 2004, p. 202).

Motivada por tal pensamento, foi promulgada a declaração *Bill of Rights*<sup>4</sup>, garantindo, dentre outros direitos, a liberdade pessoal, a propriedade privada, a segurança pessoal, o direito de petição e a proibição de penas cruéis, bem como estabelecendo uma nova forma de organização do Estado, cujo fundamento basilar era a proteção dos direitos da pessoa humana (GUERRA, 2016a, p. 57).

A transformação social emanada do *Bill of Rights* não pode deixar de ser enaltecida, uma vez que a limitação dos poderes governamentais, bem como a garantia das liberdades individuais propostas contribuiu maciçamente para a concretização da Revolução Gloriosa<sup>5</sup>. Prova disso, é que o *Bill of Rights* permanece sendo até os dias atuais um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido (COMPARATO, 2015, p. 106-107).

---

<sup>4</sup> Salienta-se que o *Bill of Rights* foi proclamado “exatamente com o objetivo de diminuir o poder do monarca e aumentar o poder do parlamento. Nos seus treze artigos, o instrumento estabelece a renúncia da coroa à aplicação despótica da lei, proibindo a jurisdição religiosa de exceção, determina a ilicitude da instituição de tributos e da organização e manutenção de um exército ou tropa sem a autorização do parlamento e também a garantia do direito de petição, da liberdade da palavra e da liberdade de voto” (CARVELLI; SCHOOL, 2011, p. 179).

<sup>5</sup> A Revolução Gloriosa desencadeou-se a partir de uma “série de eventos ocorridos entre as décadas de 1640 e 1680 na Inglaterra”, tendo culminado “na instituição de uma monarquia constitucional em 1689” (LOBO; PORTELA, 2017, 194).

Por sua vez, a real necessidade de que os direitos humanos fossem observados no âmbito internacional surgiu a partir do advento das duas Grandes Guerras, nas quais milhões de pessoas ficaram desamparadas e impossibilitadas de exercer seu direito básico de sobreviver. Nesse período, a preocupação dos governantes girava apenas em torno da destruição do inimigo e não havia qualquer sistema de proteção à população civil, em evidente descaso com o ser humano (LEITE, 2014, p. 100).

Os horrores vividos na Segunda Guerra<sup>6</sup> mundial trouxeram à voga a necessidade de proteção da pessoa humana, que está acima de quaisquer outros interesses, impulsionando a comunidade internacional a se reestruturar, de maneira a garantir tal proteção. Nesse particular,

*como sucede siempre, la realidad es la que brinda el marco par que el derecho se desarrolle. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, quizá únicos por su magnitud, por su calidad, inspiran a los Estados para construir un nuevo orden internacional em que el respeto de los derechos de todo ser humano debe encontrar su lugar. El tema y, sobre todo, las posibilidades de hacer a su respecto, se transforman em cuestión de interés común de los Estados y en uno de los objetivos de la comunidad internacional institucionalizada inmediatamente después<sup>7</sup>(PINTO, 1997, p. 9-10).*

---

<sup>6</sup> Em sua obra “*É isto um homem?*”, considerado um dos mais importantes trabalhos memorialísticos do século XX, o autor italiano Primo Levi, que foi prisioneiro do regime nazista em Auschwitz, escreveu sobre suas experiências no campo de concentração: “aqui estou então: no fundo do poço. Quando a necessidade aperta, aprende-se em breve a apagar da nossa mente o passado e o futuro. Quinze dias depois da chegada, já tenho a fome regulamentar, essa fome crônica que os homens livres desconhecem; que faz sonhar, à noite; que fica dentro de cada fragmento de nossos corpos. Aprendi a não deixar que me roubem; aliás, se vejo por aí uma colher, um barbante, um botão dos quais consiga tomar posse sem risco de punição, embolso-os, considerando-os meus, de pleno direito. Já apareceram no peito de meus pés, as torpes chagas que nunca irão sarar. Empurro vagões, trabalho com a pá, desfaleço na chuva, tremo no vento; mesmo meu corpo já não é meu; meu ventre está inchado, meus membros ressequidos, meu rosto túmido de manhã e chupado à noite; alguns de nós têm a pele amarelada, outros cinzenta; quando não nos vemos durante três ou quatro dias, custamos a reconhecer-nos” (1988, p. 35).

<sup>7</sup> Tradução livre da autora “Como sempre, a realidade é o que fornece o quadro para a lei desenvolver. Os horrores da Segunda Guerra Mundial, talvez únicos em sua magnitude, pela sua qualidade, inspiram os Estados a construir uma nova ordem internacional em que o respeito pelos direitos de cada ser humano deve encontrar seu lugar. A questão é, acima de tudo, as possibilidades

Nesse cenário, fortaleceu-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não devia restringir-se à competência nacional exclusiva, ocorreu a revisão da noção de soberania absoluta dos Estados, iniciando seu processo de relativização a partir da admissibilidade de intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos. Além disso, restou consagrada a ideia de que a pessoa humana merece ocupar a condição de sujeito de direitos, inclusive na esfera internacional (PIOVESAN, 1999, p. 118).

Em outras palavras, não bastava assinalar a importância do direito humanitário, fazia-se necessária a adoção de medidas realmente eficazes a fim de prevenir futuras violações por partes dos Estados. Nesse contexto não houve dúvidas de que a proteção dos direitos humanos era tema de legítimo interesse de toda a comunidade internacional (LACERDA, 2009, p. 06).

Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é considerado um fenômeno pós-guerra, que se desenvolveu principalmente em torno da crença de que as violações ocorridas durante a guerra poderiam ser prevenidas, caso houvesse um efetivo sistema de proteção internacional à pessoa humana (GUERRA, 2016a, p. 104).

Após a 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas, a qual consiste em uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos unidos por um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional, chamado de Carta da Organização das Nações Unidas. Tal organização busca a manutenção da paz e a segurança no mundo, bem como o fomento de relações cordiais entre as nações, com o intuito de promover o progresso social, melhores padrões de vida e o respeito aos direitos humanos (TÁVORA, 2016, p. 116).

Com o advento de criação da Organização das Nações Unidas, foi redigida, em 18 de junho de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo objetivo original consistia na universalização dos princípios defendidos na Revolução Francesa, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, por meio da conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, como a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (MALHEIRO, 2016, p. 07).

Nesse norte, a finalidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pode ser dividida em duas grandes categorias<sup>8</sup>: as liberdades, que são os poderes dos homens de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado; e os direitos, que constituem meios de participação do exercício do poder político, como o direito de participar da vontade geral ou de escolher representantes que o façam, de consentir com os impostos, controlar os gastos públicos e exigir a prestação de contas dos agentes públicos (FERREIRA FILHO, 2016, p. 39-40).

Com isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou o sistema global de proteção à pessoa humana<sup>9</sup>, que vem sendo ampliado ao longo dos anos por meio de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, concernentes a violações específicas e determinadas, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a violação dos direitos das crianças, dentre outras (PIOVESAN, 2004, p. 164-165). Logo, a partir do advento da referida Declaração, os direitos humanos tornaram-se mais um exemplo de obrigações assumidas pelos Estados no plano internacional, que precisam ser efetivadas no âmbito interno, recebendo proteção *erga omnes* (TRINDADE, 1997, p. 19).

---

<sup>8</sup> Em outras palavras, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa do cidadão, incidindo em 2 vieses diferentes: no plano jurídico objetivo, em que são exaradas normas negativas para os poderes públicos, mormente no que toca à ingerência destes na esfera jurídica individual e, por fim, no plano jurídico-subjetivo, o qual emana o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões do poder público, a fim de evitar agressões por parte deste (CANOTILHO, 1993, p. 541).

<sup>9</sup> A respeito da internacionalização dos direitos humanos, Bobbio assinala que “a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver” (2004, p. 31).

Há que se realçar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 representa o marco internacional do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Desde então, a dignidade vem sendo compreendida como uma qualidade intrínseca de todo e qualquer ser humano, razão pela qual o respeito é tido como meta permanente da humanidade, do Estado e do direito (SARLET, 2001, p. 26-27).

Justamente em razão da dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição de humano, não há como afastá-la do conceito comunitário, vez que todos são iguais em dignidade e direitos e, por essa circunstância e condição, vivem em determinada comunidade ou grupo (SARLET, 2001, p. 52). Nesse contexto, cada sociedade civilizada, à luz de seus próprios padrões e convenções, que variam de acordo com o local e a época, deve disciplinar o que constitui indignidade, visto existir o direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna (DWORKIN, 1998, p. 305).

A dignidade<sup>10</sup> da pessoa não consiste apenas no fato de que o ser humano, diferentemente das coisas<sup>11</sup>, é considerado como um fim em si e nunca como um meio para que se chegue a algum resultado; a dignidade decorre também do fato de que a pessoa, em razão de sua vontade racional, é a única que vive em condições de autonomia, ou seja, somente a pessoa humana é capaz de guiar-se pelas leis que ela própria edita (COMPARATO, 2015, p. 22).

Frente a isso, verifica-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos consagrou parâmetros mínimos de defesa da dignidade, a fim de que sejam impedidos retrocessos e arbitrariedades, propiciado o avanço no regime de proteção de

---

<sup>10</sup> Conforme destacado no acórdão nº 90-105-2, do Tribunal Constitucional de Portugal, prolatado em 29/03/1990, “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, 1990).

<sup>11</sup> Kant, ao se referir à dignidade da pessoa humana, destaca que “tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (2005, p. 65).



direitos no âmbito internacional. Torna-se necessário sempre reinventar a ordem internacional, para que se torne cada vez mais democrática e igualitária e que tenha em seu âmago a valorização absoluta da dignidade humana (PIOVESAN, 2004, p. 16).

Atualmente, adiciona-se a tal necessidade o grande impacto causado pela globalização, que traz consigo a crescente consciência de que o mundo caminha para uma unidade nunca antes experimentada, a partir do estreitamento dos laços internacionais, causado, principalmente, pela onipresença dos meios de comunicação (ARAUJO; ANDREIUOLO, 1999, p. 65).

Assim, mais importante do que refletir sobre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, é lutar por sua concretização<sup>12</sup>, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Afinal, conforme se evidencia, os direitos humanos têm como objetivo o reconhecimento e a proteção da pessoa humana.

Portanto, os direitos humanos, em sua condição de direitos abrangentes e mutáveis, tornaram-se internacionais em decorrência de um processo contínuo de desenvolvimento da comunidade internacional, a qual, prezando pela paz e união mundial, enfatiza cada vez mais a necessidade de que a valorização da pessoa humana seja observada.

### **3 A pessoa humana como sujeito de direitos internacionais**

Em decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos, o indivíduo passou a ocupar a situação de sujeito de direitos internacionais que, anteriormente, era reservado somente aos Estados e organismos internacionais. Tal fenômeno demonstra a latente valorização da pessoa humana no âmbito internacional, em prol da construção de uma comunidade internacional mais humanista.

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, Bobbio alerta que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.” (2004, p. 25).

Apesar disso, perdurou no tempo o entendimento de que a pessoa humana nada interessava ao direito internacional e que sua proteção e tratamento eram assuntos unicamente dos Estados. A esse respeito, explica Daudí que “[...] *el trato que recibiera de el Estado se considerabamateria incluída em la “competencia exclusiva de el Estado” o “jurisdicción exclusiva de el Estado”, y, por tanto, ajena al ordenamento internacional*”<sup>13</sup>(2006, p. 20).

Logo, em sua acepção positivista, o direito internacional não reconhecia o indivíduo como sujeito de direito e possuía uma visão restritiva acerca da sociedade internacional, a qual era considerada eminentemente interestatal, formada apenas pelos Estados e pelas Organizações Internacionais. Essa interpretação quanto aos sujeitos de direitos tornou-se obsoleta, na medida em não mais atendeu à realidade da ordem internacional (GUERRA, 2016b, p. 514).

As primeiras manifestações de proteção aos direitos humanos no âmbito internacional foram positivadas em declarações, tendo como objetivo a busca pela igualdade formal, em repugno à lógica da intolerância pautada na destruição das pessoas, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Nessa linha, destaca-se o papel da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio de 1948 (PIOVESAN, 2003, p. 92).

Ainda, pautando-se no processo de internacionalização dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como os inúmeros Pactos<sup>14</sup> firmados entre os Estados na ordem internacional, deram início a um amplo movimento que buscou conferir ao indivíduo a capacidade de agir contra o Estado de sua nacionalidade (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 182).

---

<sup>13</sup> Tradução livre da autora: “o tratamento que recebeu do Estado foi considerado em matéria constante da “competência exclusiva do Estado” ou “jurisdição exclusiva do Estado” e, portanto, fora do ordenamento internacional”.

<sup>14</sup> Dentre tais Pactos, destacam-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos, também chamada de Convenção de Roma de 1950; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose em 1969 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979.

Contribuindo para a consolidação da personalidade jurídica internacional das pessoas, tem-se a evolução do direito internacional dos direitos humanos, bem como do direito internacional humanitário, o qual considera as pessoas não como simples objeto de sua regulamentação, mas legitimadas a nele atuar, inclusive como possibilidade de exercer o direito de petição diretamente junto aos órgãos internacionais (TRINDADE, 2002, p. 545).

Salienta-se que as convenções internacionais autorizam e até mesmo incentivam os Estados a tomarem medidas especiais em favor de grupos que são tradicionalmente vítimas de discriminação, a fim de lhes garantir a concretização dos direitos fundamentais em condições de igualdade. Como exemplo, cita-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979 (LOCHAK, 2014, p. 15).

Doutrinariamente, consolidaram-se cinco prerrogativas necessárias para a consideração de um sujeito de direito internacional, quais sejam: a capacidade de reproduzir atos jurídicos internacionais; a possibilidade de imputação de fatos ilícitos internacionais; a capacidade de acesso aos procedimentos contenciosos internacionais; a capacidade de participar como membro das organizações internacionais transgovernamentais e a capacidade de estabelecer relações diplomáticas. Desse modo, os seres humanos não possuem capacidade de firmar tratados, de ser membro pleno das Organizações Intergovernamentais ou de estabelecer relações diplomáticas, sendo-lhes atribuída a qualidade de entidade abstrata (SOARES, 2002, p. 156-157).

Por conseguinte, as principais razões para a consideração da pessoa humana como sujeito de direitos internacionais decorrem da dignidade da pessoa humana, que demanda que a ordem internacional lhe reconheça e proteja direitos fundamentais, bem como da própria noção de direito, a qual é obra da pessoa humana para a própria pessoa humana (CAMPOS; TÁVORA, 2016, p. 94).

A humanidade tomou consciência de que a pessoa não é objeto, mas sujeito de direito internacional e, a partir desta

perspectiva, iniciou o processo de consolidação da capacidade internacional dos indivíduos. Além disso, emergiu a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional (PIOVESAN, 2004, p. 130).

Nessa senda, considerando que os direitos do homem formam os pilares das constituições democráticas e que a paz é pressuposto intrínseco para a sua proteção, tanto nos Estados nacionais quanto na seara internacional, demonstra-se necessária a democratização progressiva do sistema internacional, atrelada a gradual e efetiva proteção da pessoa humana acima dos interesses dos Estados (BOBBIO, 2004, p. 07).

Ainda, a posição de sujeito de direitos internacionais garantida à pessoa humana decorre da orientação jusnaturalista que fundamenta o Direito Internacional. Destaca-se que caso não fosse conferida personalidade jurídica ao indivíduo no âmbito internacional, haveria a desumanização do próprio Direito Internacional, em total contrariedade ao fenômeno da socialização que se manifesta em todos os ramos do direito na atualidade (MELLO, 2004, p. 807).

Desse modo, a governabilidade deixa de ser o fator preponderante, abrindo espaço para a liberalidade. Na seara internacional, o indivíduo passa a ser considerado titular de direitos humanos, os quais são universais, inalienáveis, imprescritíveis e passíveis de imposição a todos que tentarem limitá-los ou eliminá-los, não porque pertencem a determinada raça ou religião, mas simplesmente por serem detentores de dignidade (GUERRA, 2007, p. 105).

Exemplificativamente, destaca-se a previsão contida na Constituição Federal que, seguindo os passos de outros países, confere ao princípio da dignidade da pessoa humana caráter normativo amplo, vez que produz efeitos perante todo sistema político, social e jurídico. Além disso, a Constituição Federal

também expressa veemente a importância que o Estado atribui à pessoa humana, a razão de sua existência (SARLET, 2001, p. 45).

Constata-se que o constituinte preocupou-se em destacar a dignidade da pessoa humana, elencando-a como fundamento da República Federativa do Brasil, a partir da perspectiva de Estado Democrático de Direito, com o intuito de demonstrar que a pessoa humana é o alvo da moderna estrutura jurídica, bem como para esclarecer que qualquer prática tendente a reduzi-la a condição de coisa ou que vise a privação dos meios necessários a sua manutenção, não será admitida (MARTINS, 2003, p. 71-73).

Nessa seara, a internacionalização dos direitos humanos “levou a que a pessoa humana fosse entendida como cidadã do mundo e que seus direitos passassem a ser protegidos além das fronteiras dos Estados, superando os conceitos de território e soberania” (TONIAL, 2009, p. 47).

De fato, um dos mais importantes avanços da doutrina jurídica internacional, bem como da ciência do direito como um todo, nas últimas décadas, foi a consolidação da personalidade e da capacidade jurídica do indivíduo, como sujeito do direito internacional (TRINDADE, 2008, p. 500).

Portanto, pautando-se na dignidade humana como característica fundamental dos direitos humanos, bem como levando em consideração o processo de internacionalização destes, resta evidente a ascensão da pessoa à condição de sujeito de direitos no âmbito internacional, merecedor da proteção por parte dos Estados, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano.

#### **4 O refúgio como vertente dos direitos humanos e os tratados internacionais**

Os direitos humanos dividem-se em três vertentes<sup>15</sup>, as quais, em razão de ocuparem áreas de atuação específicas, possuem

---

<sup>15</sup>Para Trindade, as três principais vertentes dos direitos humanos são: o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. Taís

conjuntos de regras e princípios distintos. Ao longo dos anos, notou-se a imprescindibilidade e, de certo modo, a inevitabilidade da superação de tal fragmentação, para que o aparato jurídico voltado à proteção dos seres humanos passasse a ser aplicado de forma complementar, entre esses campos, pois somente assim, se tornaria possível a efetiva e integral salvaguarda das pessoas.

Além disso, no âmbito internacional os tratados constituem uma das principais fontes de obrigação. Nesse contexto, destacam-se os tratados que versam sobre direitos humanos, vez que, juntamente com as declarações<sup>16</sup>, são os instrumentos normatizadores das vertentes de proteção às pessoas, demonstrando com maior autenticidade e representatividade os deveres dos Estados perante o gênero humano.

Por sua vez, as vertentes que fundamentam a proteção internacional da pessoa humana dividem-se em três ângulos: dos direitos humanos, dos direitos dos refugiados e do direito humanitário<sup>17</sup>. Inicialmente, tais noções eram interpretadas a partir de uma visão compartimentalizada, em razão da origem histórica de cada uma das ramificações (TRINDADE, 1997, p. 270).

Essa compartimentalização justificava-se no fato de que as vertentes do direito internacional humanitário e do direito

---

espectros, em que pese a submissão a diversas mudanças, a fim de se adequar ao cenário internacional em constante transformação, se consolidaram e aperfeiçoaram ao longo dos anos, afirmando a validade continuada de seus princípios (2005, p. 153-154).

<sup>16</sup> Destaca-se que a consagração dos direitos humanos no plano internacional transita por duas etapas fundamentais, quais sejam, a das declarações e a dos tratados. Após a era das declarações, os direitos foram plasmados em tratados, que se configuram em instrumentos jurídicos obrigatórios por natureza, para aqueles entes internacionais que manifestem seu consentimento (ARAUJO; ANDREIUOLO, 1999, p. 72).

<sup>17</sup>A Cruz Vermelha é um organismo internacional privado, também chamado de organismo transnacional, que tem por objetivo se ocupar de “temas que requerem coordenação de atividades técnicas ou ativismo para a proliferação de ideais, valores, princípios e serviços, necessários para a edificação de uma comunidade internacional, bem como para a proteção do indivíduo no plano internacional (SILVA; GONÇALVES, 2010, p. 178). Destaca-se a atuação da Cruz Vermelha que, diante da ausência de normas internacionais de amparo aos seres humanos em caso de conflitos entre nações, consagrou-se como a primeira organização humanitária destinada a proteção e assistência às vítimas de guerra e outras situações em âmbito internacional. Dessa forma, a proteção às pessoas em condições de debilidade consagrou-se como um direito costumeiro (PEREIRA, 2014, p. 13).

internacional dos refugiados<sup>18</sup> surgiram a partir da necessidade de assegurar a proteção das pessoas que se encontravam sob a jurisdição de um Estado que não eram nacionais. Já, o direito internacional dos direitos humanos desenvolveu-se como um fenômeno pós-guerra, visando, inicialmente, a proteção das pessoas contra abusos cometidos pelo seu próprio Estado nacional<sup>19</sup> (BRETT; LESTER, 2011, p. 713).

Ao longo dos anos, considerando que tais vertentes tinham como premissa máxima a proteção das pessoas em todas as circunstâncias, ocorreu sua aproximação ou convergência<sup>20</sup>, modificação que pode ser percebida nos planos normativo, hermenêutico e operativo<sup>21</sup>. A concepção compartimentalizada, adotada anteriormente, foi superada e progrediu para uma noção de integração e complementaridade entre os três ramos da proteção, ampliando e fortalecendo a salvaguarda dos direitos das pessoas<sup>22</sup> (TRINDADE, 2005, p.153-154).

---

<sup>18</sup> Para Haddad, a criação e positivação do regime de proteção aos refugiados teve início durante o período das Duas Grandes Guerras, juntamente com a vertente dos direitos humanos internacionais (2008, p. 21).

<sup>19</sup> Neste contexto, a partir do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, os tratados surgiram com o intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais, bem como a fim de impor limites à autonomia dos Estados quanto à forma de tratamento ao ser humano (LACERDA, 2009, p. 05).

<sup>20</sup>Salienta-se que a aproximação e convergência entre o direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos manifestam-se por meio dos tratados relativos as duas vertentes. Exemplificativamente, destaca-se a complementação da Convenção de 1951 que por tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, o qual também garantiu os direitos de não discriminação e de proteção contra a perseguição (PAULA, 2006, p. 38).

<sup>21</sup>Plano normativo refere-se a norma, ou seja, aos princípios e normas componentes do direito. O plano hermenêutico refere-se à interpretação das normas do direito, sendo que a hermenêutica é o conjunto de regras e princípios utilizados para interpretar o texto legal. Por fim, o plano operativo diz respeito às ações praticadas para a proteção da pessoa humana, concretamente (PAULA, 2006, p. 35).

<sup>22</sup>No ponto, destaca-se que tal superação aconteceu gradativamente, no plano teórico e formal. Porém, é no plano empírico que a integração das vertentes precisa efetivamente ocorrer, eis que quando um direito humano é violado, desinteressa saber se este pertence a uma ou outra categoria. A urgência de recompor as condições de humanidade é fato que invoca todas as forças jurídicas ao mesmo tempo, cada qual oferecendo o máximo de instrumentos possíveis para atuação no caso concreto (PAULA; PRONER, 2008, p. 220).

Há que se ressaltar a importante conexão entre o direito dos refugiados e os direitos humanos, na medida em que as pessoas apenas tornam-se refugiadas porque um ou mais de seus direitos fundamentais foram ameaçados (PIOVESAN, 2017, p. 262).

Compreende-se, atualmente, que a proteção internacional dos refugiados ocorre a partir de uma estrutura de direitos individuais, com responsabilidade estatal e deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos, ou seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos caracteriza-se não somente como a fonte dos princípios de proteção dos refugiados, mas também como seu elemento de complementação<sup>23</sup> (JUBILUT, 2007, p. 60).

Não olvidando da unidade e complementariedade fixada entre as vertentes dos direitos humanos, passa-se à análise específica da vertente do direito internacional dos refugiados. Destaca-se que a proteção e acolhida de pessoas vítimas de perseguições é um fenômeno observado reiteradamente ao longo da história, manifestando-se em diferentes formas e por meio de diversos atos<sup>24</sup>. O anseio de proteger advém do altruísmo, um dos sentimentos mais intensos e duradouros, que se encontra encrustado no cerne da humanidade (JUBILUT, 2007, p. 35).

Apesar da acolhida de pessoas perseguidas ter sido difundida e aplicada ao longo dos anos, notou-se a necessidade de sua positivação, com o intuito de torná-la um instituto ainda mais

---

<sup>23</sup>No ponto, salienta Pita que: “É na violação dos direitos humanos que se radica a causa fundamental pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seu país de origem e solicitar asilo. O respeito e vigência dos direitos humanos nos países de origem é a melhor maneira de prevenir os movimentos forçados de pessoas” (2003, p. 87).

<sup>24</sup>Desde a antiguidade havia o costume de acolher pessoas fugitivas de seu local de origem, pautando-se na religiosidade. Na Grécia Antiga, exemplificativamente, um indivíduo que sofria perseguições encontrava proteção em locais considerados sagrados ou que possuíssem ligação com divindades, como bosques ou templos. Ao longo de sua existência, além da óptica religiosa, a prática do acolhimento de estrangeiros passou também a ostentar qualidades jurídicas. Pioneiramente, Roma passou a restringir a acolhida de indivíduos mediante a imposição de uma condição, claramente detentora de cunho jurídico: somente seriam acolhidos aqueles injustamente perseguidos pelo Poder Público de seu local de origem e que fossem inocentes, nos termos da lei (ANDRADE, 1996, p. 9-13).



efetivo na proteção da pessoa humana na seara internacional (JUBILUT, 2007, p. 36).

Até o século XX, o direito internacional não possuía regras estabelecidas para a proteção efetiva dos refugiados, sendo que estes dependiam exclusivamente das leis nacionais de cada país que, na grande maioria dos casos, eram absolutamente ausentes<sup>25</sup> (PEREIRA, 2014, p. 10).

Com a intensificação das relações entre direito internacional e direito interno, tornou-se imperativa a criação de atos normativos de caráter internacional para a resolução de questões, até então consideradas como de exclusividade do direito interno. Assim, por meio dos tratados<sup>26</sup>, o Estado continuou sendo o principal centro difusor das normas internacionais, não ocorrendo a sua aplicação no âmbito interno sem a sua chancela, o que evidencia o exercício incontestável do poder soberano (MONTEIRO, 2011, p. 19).

Nesse sentido, os tratados internacionais pautam-se na livre e conjugada vontade dos Estados<sup>27</sup>, sendo que tal liberdade de atuação internacional deve ser sempre resguardada pelos poderes internos e externos. São os tratados que transformam o direito internacional público num complexo de normas reguladoras da sociedade mundial, tornando-o um direito dinâmico, representativo e expressivamente autêntico<sup>28</sup> (MAZZUOLI, 2004, p. 430).

---

<sup>25</sup> Sobre a ausência de proteção no plano internacional, Rezek salienta que: “até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos” (2016, p. 210).

<sup>26</sup> Mazzuoli destaca que os tratados são “um acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, regido pelo direito das gentes, visando a produzir imprescindivelmente efeitos jurídicos para as partes contratantes” (2004, p.40).

<sup>27</sup> Destaca-se que os tratados são hoje considerados a fonte do Direito Internacional mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração (MELLO, 2004, p. 204).

<sup>28</sup> Os tratados também podem ser conceituados como a forma convencional de instrumentalização jurídica das relações entre os sujeitos de direito internacional, sendo modos de expressão das pessoas de direito internacional e que geram direitos e obrigações para as partes signatárias, possuindo força de lei e obrigatoriedade de cumprimento, segundo a máxima principiológica internacional do *pacta sunt servanda* (BONIFÁCIO, 2008, p. 182).

Em que pese não seja possível obrigar os Estados a respeitar os direitos humanos de seus nacionais, os tratados surgem como um mecanismo de relativização do poder soberano, fazendo com que os Estados aceitem certas limitações, a fim de que seja efetivada a proteção dos indivíduos. Além disso, os tratados de direitos humanos têm como característica singular o fato de que a violação de um dos membros não permite a outros que invoquem a suspensão ou a extinção do tratado (SILVA, 2002, p. 34).

A criação e positivação do regime de proteção aos refugiados teve início durante o período de guerras, ganhando maior amplitude em decorrência do advento da Segunda Guerra Mundial, que provocou o deslocamento de milhares de pessoas de seus Estados de origem, produzindo um cenário adverso, principalmente na Europa (GUERRA, 2016a, p. 290).

Nessa seara, o direito de buscar refúgio foi impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceituou em seu artigo 14<sup>29</sup> que as pessoas têm direito de buscar asilo em outros países sem sofrer perseguição, garantindo a todos os indivíduos o direito ao acolhimento (RAMOS, 2016b, p. 88). Desse modo, uma das primeiras demonstrações modernas da positivação do direito de buscar refúgio deu-se por meio do estabelecimento da figura do direito de asilo, que abrange o asilo diplomático e territorial<sup>30</sup> (JUBILUT, 2007, p. 36).

Em 1947 foi constituída uma organização internacional com o propósito de abordar a questão dos refugiados, a Organização Internacional dos Refugiados, a qual foi bastante efetiva, em que pese o seu curto período de existência. Com efeito, em razão de sua baixa adesão, em 1949, os Estados membros da Organização das Nações

---

<sup>29</sup>Artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”.

<sup>30</sup>O asilo diplomático ocorre quando há concessão de proteção, dentro do próprio Estado em que o indivíduo é perseguido, por um terceiro Estado. Por sua vez, o asilo territorial pode ser definido como a recepção de estrangeiro em território nacional, com o intuito de evitar que este sofra punição ou perseguição fundamentada em crime de natureza política ou ideológica (GODINHO, 2010, p. 215).

Unidas, optaram pela criação de um novo organismo que tratasse dos refugiados, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Esse órgão tem o propósito de buscar soluções duráveis para a questão dos refugiados e veio a representar uma das principais agências humanitárias do mundo (GUERRA, 2016a, p. 290).

Além disso, demonstrou-se imprescindível a criação de um instrumento jurídico capaz de comprometer os Estados a reconhecer a condição de refugiado ao estrangeiro que preenchesse determinados requisitos legais. Assim, foi elaborada a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e, posteriormente, de modo complementar, houve a criação do Protocolo de 1967 (ALMEIDA, 2015, p. 94-95). Esses diplomas constituem os principais documentos jurídicos do direito internacional de buscar refúgio.

Observa-se, assim, que o direito internacional de buscar refúgio é um dos desdobramentos dos direitos humanos internacionais, sendo que ambos possuem como finalidade a proteção da pessoa, pois “enquanto nem todos os temas de direitos humanos referem-se a refugiados, todos os temas de refugiados possuem alguma conexão com direitos humanos. O ciclo do refugiado está relacionado a privação e restauração dos direitos humanos.” Logo, “[...] o tema dos direitos humanos está também diretamente ligado ao término do estatuto do refugiado através do reassentamento e proteção dos direitos básicos do refugiado, de preferência na sua terra natal” (MCNAMARA apud ALMEIDA, 2015, p. 88).

A vinculação dos entes estatais, por meio de obrigações assumidas no âmbito internacional, em se tratando de questões que transcendem a vontade exclusiva dos Estados, como é o caso dos direitos humanos, faz com que o poder soberano destes seja relativizado, em prol da concretização de um objetivo maior, ou seja, da proteção das pessoas.

Portanto, o direito internacional de buscar refúgio decorre dos direitos humanos internacionais, sendo que sua positivação advém de tratados e declarações, que vinculam os Estados a garantir a proteção dos indivíduos, em virtude de sua qualidade de

pessoa, como respeito à dignidade do ser humano, em qualquer lugar do mundo.

## **5 Considerações finais**

Verificou-se que, os direitos humanos eram vinculados ao âmbito interno dos países. Contudo, durante o período pós-guerra iniciou-se um processo gradual de internacionalização dos direitos humanos, o qual foi instrumentalizado por meio de declarações e tratados, firmados pelos entes internacionais, enfatizando o compromisso dos Estados em assegurar o tratamento humanitário das pessoas. Ressalta-se que os horrores vivenciados na Segunda Guerra Mundial serviram como fundamento para que a preocupação com a vida humana transcendesse o âmbito interno dos países.

Nesse diapasão, a adesão aos tratados internacionais relativos aos direitos humanos permitiu a interferência internacional em assuntos internos, porém não maculou a soberania estatal. Isso porque, ao firmar um tratado, o Estado está utilizando deliberadamente de sua soberania para submeter-se às disposições lá contidas e, portanto, atenuar, voluntariamente, os efeitos do poder soberano dentro do território nacional.

Com isso, a comunidade internacional se reestruturou, passou a atribuir personalidade jurídica às pessoas e pautou-se na dignidade do ser humano. A partir de então, considera-se que os indivíduos não são objeto de regulamentação na seara internacional, mas sim, legitimados a nela atuar. Desse modo, o viés humanista que guia o direito internacional colocou o ser humano no centro de todo o ordenamento jurídico, reputando às pessoas a condição de cidadãos do mundo, em detrimento de conceitos obsoletos de nacionalidade e territorialidade, anteriormente consagrados.

Além disso, constatou-se que a proteção à pessoa humana no âmbito internacional cinde-se em três principais vertentes: o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional

humanitário e o direito internacional dos refugiados, sendo que tal divisão justifica-se pela origem histórica de cada uma das ramificações. Entretanto, ao longo dos anos, notou-se a necessidade de que esses campos fossem analisados e aplicados de forma conjunta, a fim de efetivar a integral salvaguarda das pessoas.

Nesse contexto, sublinha-se que, inicialmente, o direito internacional não continha dispositivos voltados à regulamentação da concessão de refúgio. Assim, a vertente do direito internacional dos refugiados aflorou em razão da necessidade de assegurar proteção aos indivíduos submetidos à jurisdição estrangeira, em países dos quais não eram nacionais. Com o intuito de positivar tal vertente, foi criada a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, primeiro e mais importante diploma para a proteção dos refugiados.

Acreditava-se que as migrações forçadas eram um fenômeno isolado decorrente da Segunda Guerra Mundial, o qual não se repetiria. Em razão disso, a Convenção de Genebra possuía limitações temporais e territoriais. Porém, a partir da constatação de que a busca por refúgio era um problema jurídico e social que perduraria, a legislação pertinente ao tema foi ampliada pelo Protocolo de 1967 e pela Declaração de Cartagena de 1984, dentre outros diplomas, que visam expandir o aparato legal que confere aos refugiados o direito de serem abrigados por outros países que não o seu, quando este falha em lhe proporcionar condições de vida digna.

Na atualidade, essa proteção revela-se prioritária, pois o mundo vivencia a maior crise migratória de todos os tempos, sendo que mais de 65 milhões de pessoas viram-se forçadas a deixar seu país de origem, em razão das precárias condições de vida. A realidade vivenciada por esses indivíduos, que se encontram expostos à extrema vulnerabilidade e sofrimento, demonstra o quanto a figura estatal falhou em promover os direitos inerentes ao ser humano.

Conclui-se que a valorização do ser humano, mormente no que concerne à temática dos refugiados, é fruto de gradativas mudanças

jurídicas e sociais sofridas pela comunidade internacional, sendo que sua efetivação somente será possível a partir da relativização do poder soberano e da consequente adoção de uma postura protetiva à pessoa humana por parte dos entes estatais.

Assim, compreender que a vida, a segurança e a dignidade dos refugiados não podem sersuplantadas por interesses econômicos e governamentais. A necessidade de proteção aos refugiados, ou seja, de respeito e proteção ao gênero humano se sobrepõem a vontade do ente estatal.

## Referências

- ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não violência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000467/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 31 mai. 2017.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496853/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- ARAÚJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. *A internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63-114.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- BRETT, Rachel; LESTER, Eve. Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead – a non-governmental organizations’s view. In: *International Review of the Red Cross*, Geneva, v. 83, n. 843, set/2001, p. 713-726. Disponível em: <[https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/713-726\\_brett\\_lester.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/713-726_brett_lester.pdf)> Acesso em: 07. mar. 2018.

CAMPOS, Diego Araujo; TÁVORA, Fabiano. *Direito internacional: público, privado e comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 33, 2016. Coleção sinopses jurídicas. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203085/cfi/4!/4/4@0.00:14.6>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

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

CARVELLI, Urbano; SCHOOL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direito. In: *Revista de informação legislativa*. v. 48, n<sup>o</sup>. 191. Senado Federal: Biblioteca Digital, 2011, p. 167-189. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242914>>. Acesso em: 09. abr. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627383/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

DAUDÍ, MireyaCastillo. *Derecho internacional de losderechos humanos*. 2. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2006.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanásia y lalibertad individual. Barcelona: Ariel, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de direito internacional público e privado*. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016b. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203054/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016a. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208059/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

HADDAD, Emma. *The Refugee in international society: between sovereigns*. New York: Cambridge University Press, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005. .

LACERDA, Felipe Afonso de. *O processo de internacionalização dos direitos humanos e a relativização da soberania estatal através da valorização da dignidade humana*. In: Saber digital. Valença: 2009. Disponível em: <[http://faa.edu.br/revistas/docs/saber\\_digital/2009/Saber\\_digital\\_2009\\_05.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2009/Saber_digital_2009_05.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488605/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

LEVI, Primo. *É isto um homem?*. Trad.: Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOBO, Andréa Maria Carneiro; PORTELLA, José Roberto Braga. *Percursos da história moderna*. Curitiba: Intersaberes, 2017. Disponível em: <<http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559726077/pages/5>>. Acesso em: 06. abr. 2018.

LOBO, Maria Teresa Cárcomo. Execução de Decisões Judiciais de Cortes Internacionais contra Estados Soberanos. In: *Boletim Científico ESMPU*. n.º. 8., Brasília: jul/set 2003, p. 121-132. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003>>. Acesso em: 09. abr. 2018.

LOCHAK, Danièle. *Os desafios contemporâneos para os direitos fundamentais*. In: Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 15, n. 51, jan.mar. 2014, p. 13-27.

MALHEIRO, Emerson. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006537/cfi/6/10!/4/24@0:77.4>>. Acesso em: 29 mai. 2017.



- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006193/cfi/6/10!/4/2/6@0:100>>. Acesso em: 28 mai. 2017.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4.ed. rev., atu. eamp. São Paulo: Método, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Tratados Internacionais*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502140448/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 31 mai. 2017.
- MORAIS, Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- PAULA, Bruna Vieira de. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direito internacional dos refugiados e o princípio do *non-refoulement*. In: *Revista Fronteira*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 31-65, jun. 2006.
- PAULA, Vera Cecília Abagee de; PRONER, Carol. Convergência e complementaridade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos. In: *Revista de Faculdade de Direito - UFPR*. Curitiba, n. 48, p. 219-241, 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/taiszf/Downloads/15750-54352-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10. mar. 2018.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. Soberania e pós-modernidade. In: *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editora de Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115-138.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. *Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas*. In: *Revista de direito internacional e econômico*, ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PITA, Agni Castro. *Direitos Humanos e Asilo*. In: MILESE, Rosita. *Refugiados: Realidade e Perspectivas*. São Paulo: Loyola, 2003.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional. Acórdão nº 90-105-2, prolatado no processo 39/88, em 29/03/1990. Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 10. abr. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2016a. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203535/cfi/4!/4/4@32.7:0.0>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. *Direitos humanos no Brasil e no mundo: criação de um tribunal internacional permanente*. São Paulo: Método, 2002.

TÁVORA, Fabiano. *Coleção diplomata*: Curso de direito internacional público. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502623866/cfi/4!/4/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

TONIAL, Nadya Regina Gusella, *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A pessoa humana como sujeito do Direito internacional: A experiência da corte interamericana de direitos Humanos*. In: *Novas Perspectivas do Direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Aproximaciones y convergências revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario. In: ACNUR - ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*. San José: Editorama, 2005, p. 139-191.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo*. In: *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.



# O empoderamento feminino na área rural como instrumento para a efetivação de direitos fundamentais

*Carla Lerin<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

A pesquisa realizada versa sobre o empoderamento feminino na zona rural como forma para alcançar a efetivação de direitos fundamentais, tendo em vista o conflito de gênero formado a partir do contexto histórico de divisão do trabalho, baseada no gênero. Justifica-se a importância do tema, devido ao grande número de mulheres que ainda possuem seus direitos violados simplesmente por portarem a condição de ser mulher. O que se intensifica na área rural onde, mesmo nos dias atuais, predomina uma hierarquização entre os gêneros e o trabalho no campo, agravada pelo distanciamento dos grandes centros, pela pobreza e pela fome.

De fato, as mulheres rurais ainda não são valorizadas pelo trabalho que realizam no campo e na casa, como o cuidado com a educação, saúde e alimentação da família o que às impede de possuírem renda própria. Ademais, possuem uma vulnerabilidade exacerbada pela falta de participação efetiva nas decisões relacionadas a propriedade rural, tornando-as subordinadas a

---

<sup>1</sup> carla\_lerin@hotmail.com

estas decisões e portanto facilitando o desrespeito aos direitos fundamentais previstos legalmente.

Dessa forma, foram observados relatórios da Organização das Nações Unidas e seus objetivos para o a agenda 2030 na busca pelo desenvolvimento sustentável. Além disso, foram utilizadas legislações pra entender quais são os direitos fundamentais assegurados às mulheres no Brasil e aliados a isto tudo foram analisados estudos sobre gênero.

Toda via, este estudo foi realizado com a finalidade de compreender como funcionam as relações de gênero no cenário rural, ao passo que, busca demonstrar como o empoderamento feminino pode ajudar a combater o ciclo da pobreza aliado ao desenvolvimento sustentável. De maneira que possa colaborar com a compreensão de realidades distintas e por vezes escondidas.

## **2 O conflito de gênero no trabalho rural**

O conflito de gênero é algo construído historicamente pela sociedade patriarcal, na qual a mulher viveu sob condições de subordinação dentro da própria família, não possuindo direitos políticos e sociais. Os reflexos desta época pairam sobre dias de hoje, tornando-se mais acentuados na esfera do trabalho rural.

Com efeito, no âmbito internacional, as revoluções liberais e os direitos humanos disseminados na época somente consideravam como sujeito de direito o “homem europeu, branco, homossexual e católico” (Squeff; Rosa, 2017, p.82) o que excluía da maior parte da população a proteção oferecida pelos direitos humanos. Destarte, as pessoas não englobadas pelas características citadas, como as mulheres nascidas com o sexo biológico feminino e portanto, obrigadas a tornarem-se mulheres e cumprir o papel imposto pela sociedade, eram dominados, e subordinados, criando um histórico de opressão que perpassa séculos (Squeff; Rosa, 2017, p.82).

De fato, com o passar do século XX, o avanço dos movimentos sociais e o acontecimento da globalização trouxeram

mudanças significativas desde a estrutura familiar até a área jurídica. (Oliveira, 2015, p.356). Entretanto, no Brasil somente em meados dos anos de 1970 e 1980, sobreveio o movimento feminista por meio de debates e manifestações públicas e em 1988 surgiu o amparo legal da Constituição Federal (Irineu; Xavier, 2015, p. 202).

Destaca-se que anteriormente a 1988, no Brasil, a mulher começava a conquistar seus direitos com a constituição de 1934, quando foi concebido seu direito ao voto. Porém, a Consolidação das leis do trabalho (CLT) previa em seu artigo 446 que a mulher só poderia exercer seu direito ao trabalho com a permissão do marido, este artigo foi revogado em 1989 pela Lei 7.855. (Oliveira, 2015, p.359).

Apesar disso, atualmente a divisão internacional do trabalho ainda utiliza-se do conceito de que a divisão social do trabalho é baseada de acordo com o sexo biológico das pessoas. Assim, mesmo com todos os avanços tecnológicos, intelectuais e direitos alcançados ainda não restam suficientes para que não haja uma distinção entre o trabalho masculino e feminino (Irineu; Xavier, 2015, p.202).

Sendo assim, no campo não é diferente pois por muitos anos sustentou-se o modelo patronal onde a família e a produção estavam em espaços distintos, as propriedades eram formadas por grandes porções de terra sob direção de um único proprietário. Porém, com o passar dos anos a agricultura familiar ganhou espaço e importância social e econômica. Mas, ainda nos dias atuais há poucas mulheres ativas na gestão das propriedades e as que exercem atividades domésticas, herdadas das sociedades patriarcais não tem seu trabalho reconhecido (Rhein, 2016, não paginado).

Nesse viés adentra-se no feminismo que é formado por vários movimentos distintos com traços parecidos em busca de direitos das mulheres, relacionados a economia, raça, acesso à terra, natureza entre outros. Estes movimentos ao alcançarem o reconhecimento internacional proporcionaram o avanço na proteção material e jurídica das mulheres além de providências no

combate à discriminação e violência de gênero. Isto por si só não foi suficiente, pois a mudança cultural também é necessária para tal efetivação (Bettes; Leite, 2016, p. 212 e 214).

Em consequência disso, surge o empoderamento, que é um processo pelo qual busca-se indagar a ideologia patriarcal, modificar as estruturas que reafirmam a diferenciação de gênero e as desigualdades sociais além de gerar condições para as mulheres mais pobres terem acesso aos recursos materiais e informacionais. Esse processo portanto, utiliza-se do poder e através dele é que as mulheres retomam a capacidade de decisões que lhes fora negada (Sardenberg, 2006, p. 06).

Contudo, compreende-se que as dificuldades na luta pela igualdade de gênero são ainda mais acentuadas nas áreas rurais, onde as mulheres sofrem e tem seus direitos violados pela submissão e a falta de autonomia em que se encontram. Portanto, a falta de valorização do trabalho realizado, a dependência econômica e o difícil acesso à centros urbanos são fatores que aumentam ainda mais os conflitos de gênero e que podem ser atenuados com o empoderamento destas mulheres.

## **2.1 A hierarquia de gênero no cenário rural**

No cenário rural, onde a força física ainda domina, os conflitos de gênero se tornam ainda mais aparentes quando das condições de trabalho no campo. Normalmente, as mulheres ficam com o trabalho de casa, cuidado com os filhos e com os animais, enquanto o homem trabalha fora de casa na lavoura e trabalhos com máquinas.

O problema disso tudo, é que o trabalho em casa e cuidado com os animais nem sempre é remunerado, ficando a remuneração somente com o chefe da família, na maioria das vezes, o homem. Diante disso, é que o conflito de gênero se fundamenta no campo, perante a desvalorização econômica e por consequência social e política da mulher rural.



De fato, o trabalho elaborado pelas mulheres torna-se invisível, acrescentando as desigualdades frente às oportunidades que possivelmente aparecerão em outros ambientes. A vista disso, especialmente na zona rural o trabalho ainda possui divisões delineadas para o que é trabalho feminino e masculino sendo que em outros setores este delineio já está mais atenuado (Alveset al., 2012, p. 4225).

Dessa forma, a função da mulher é baseada na ajuda e não como titular do serviço. Sendo assim, o papel da mulher foi construído historicamente como inferior camuflando as desigualdades de gênero (Duarte; Nogueira, 2014, p.716). Ao analisar, mais a fundo os conflitos de gênero é importante entender seu conceito, que conforme Joan Scott é dividido em duas partes:

Minha definição de gênero tem duas partes e diversas subconjuntos, que estão inter-relacionados, mas devem ser analiticamente diferenciados. O núcleo da definição repousa numa conexão integral entre duas proposições: (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder (SCOTT, 1995, p. 96).

Sendo assim, a autora parte para uma análise analítica gênero considerando-o como parte das relações de poder e da organização social. Neste viés, percebe-se que os novos conceitos de gênero contribuem para o empoderamento feminino, quando colocam em cheque que gênero é construído socialmente diferentemente de sexo, que se funda na diferenças biológicas.

Ademais, no campo essa relação de poder ainda se fundamenta no patriarcado instalando uma divisão sexual do trabalho e reafirmando a hierarquização em função do gênero atribuído por causa do sexo biológico. Esta questão ficou oculta por anos reforçando esta divisão do trabalho e facilitando a utilização de mecanismos sociais de supressão de direitos que buscam até hoje reproduzir esta divisão (Irineu; Xavier, 2015, p. 210).

Em consequência disso, nesta divisão sexual do trabalho tem-se claro, a subordinação do papel da mulher, a qual fica destinada a reprodução da espécie humana enquanto o homem mantém-se na produção rural. (Alveset al., 2012, p. 4215). O que é pior, é que viver nesta dependência, que as mulheres da zona rural vivem faz com que se subordinem ao chefe da família, o que as faz vivenciar, por vezes, violência psicológica e até mesmo física.

Em suma, devido a condição de ser mulher, as mulheres rurais possuem uma maior vulnerabilidade e por consequência mais dificuldades no acesso à terra e no reconhecimento social e econômico de seu trabalho. Vale ressaltar, que muitas delas prezam o trabalho com a terra e com a casa sendo este trabalho válido porém pouco valorizado frente as dificuldades enfrentadas e destacadas pelo isolamento em que vivem.

### **3 Direitos Fundamentais negados**

Primeiramente, as mulheres já sofrem com o paradigma imposto sobre o gênero feminino, que as submete a realidades dolorosas. Neste viés, ao falar de mulheres rurais, fala-se de mulheres que normalmente vivem em locais mais afastados, longe das demais pessoas e de grandes centros. De certa forma, isto auxilia para que as mesmas mantenham-se caladas ao sofrerem situações de violência e subordinação.

Apesar de haverem poucos estudos sobre o tema, estes expõem não terem ciência das circunstâncias em que vivem as mulheres rurais, dentro da família, da sociedade e do trabalho. Em consequência disso, é que a violência contra as mulheres rurais se constitui, entende-se que a violência se forma através das peculiaridades sociais, econômicas e culturais encontradas no ambiente rural, de dominação predominantemente masculina (Costa; Lopes; Soares, 2015 p.163).

Neste contexto, a violência acaba por banalizar as desigualdades entre os gêneros dando maior autoridade ao homem

que acaba por vezes oprimindo a mulher. Assim, em vista de todo este poder de submeter a mulher a seu mando é que se intensificam as mais variadas formas de violência de gênero. Portanto, cada sociedade com sua cultura vai modelar isto de forma com que quanto mais tradicional maior é a incidência de violência e quanto mais contemporâneo nestas questões menor é a violência (Borth, et al., 2017 p.2).

Vale destacar que, no Brasil, a partir de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, que ampara de forma legal a luta pela igualdade de gênero, encorajando e empoderando a mulher que sofre violência, a denunciar. Ressalta-se, que a lei não se restringe apenas a violência física, mas, também a psicológica e moral, as quais causam o mesmo prejuízo para a vida da mulher. Mas, ainda há muito a ser feito especialmente no meio rural, para que as mulheres consigam exercer este direito.

Outra questão é a falta de documentação da produtora rural. Segundo Arlene Ricoldi, Coordenadora Geral do estudo e pesquisadora da Fundação Carlos Chagas “Muitas dessas mulheres não se reconhecem como trabalhadoras rurais, além de ter mais dificuldades de acesso a documentos, já que os homens é que costumam fazer toda a interligação com o urbano, como comercialização e acesso a serviços públicos”(FCC, 2004, não paginado).

Além disso, estas mulheres tem dificuldade de obter acesso à educação, saúde e principalmente ao planejamento reprodutivo, o que fortalece o ciclo da pobreza na medida em que enfraquece os direitos da mulher, de informação, acompanhamento médico e ocasiona inúmeras gestações. Sendo que isto, impede a aplicação dos direitos humanos e interrompe o desenvolvimento dos países. (ONU Brasil, 2018 a, não paginado).

De fato, isso ocorre pela dificuldade de transporte além de falta de autonomia para realizar tais ações. Conseqüentemente, as mulheres possuem menos acesso a créditos bancários e programas governamentais o que ocasiona uma majoração no empobrecimento e na subordinação (FCC, 2004, não paginado).

Para modificar a realidade econômica da mulher que vive no meio rural, fundamental se faz, transformar a estrutura agrária permitindo maior acesso das mulheres à terra. Aliás, com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, as mulheres passaram a possuir a garantia da titulação conjunta sobre a terra, porém isto só tomou a forma de obrigatoriedade em outubro de 2003 com a entrada em vigor da Portaria nº 981 (ONU Mulheres, 2016, p. 84).

Vale salientar, que a distância que dificulta o acesso das mulheres ao desenvolvimento pode ser estreitada no momento em que as mulheres exercem seus direitos de administrar a propriedade e tomar decisões. Portanto, necessário se faz a implementação de programas nacionais e internacionais que visem o empoderamento e que ressaltem a importância destas para o desenvolvimento.

### **3.1 Empoderamento feminino: a busca por igualdade no campo**

Atualmente, a Organização das Nações Unidas lançou uma campanha internacional para empoderar as mulheres rurais sob a justificativa de que estas possuem a mesma competência que os demais, além de preocuparem-se mais com a segurança alimentar e o meio ambiente pelo cultivo orgânico e o não uso de agrotóxicos. Ademais, demonstra que a maior parcela de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza e estão sujeitas a fome são mulheres.

Neste sentido, a ONU Brasil divulgou alguns princípios para o empoderamento feminino que visam uma aplicação concreta dos direitos humanos sobre as mulheres e por consequência um melhor desenvolvimento político e econômico. Vale ressaltar, que estes princípios visam o estabelecimento de liderança, justiça, saúde e segurança no trabalho além da capacitação profissional e apoio à políticas de empoderamento, todos eles aplicados sob a ótica da igualdade de gênero (ONU Brasil, 2018, não paginado).

Este movimento em busca do empoderamento feminino demanda mais do que somente uma forma de acabar com a escassez de recursos e validar a democracia, mas também uma

forma de libertação, de auto libertar as mulheres das amarras sociais que às prende e que às coloca em grau inferior do que estas tem capacidade para estarem. Desta forma, o empoderamento resume-se em questionar, não aceitar a repressão devido ao seu gênero, e não se sujeitar a dominação de uma sociedade ainda patriarcal (Sardenberg, 2006, p. 02).

De acordo com Judith Butler (1986, p. 36, tradução nossa) “[...], ser uma mulher é se tornar uma mulher; não é uma questão de somente concordar com um status ontológico fixo, caso em que poderia nascer uma mulher, mas, um processo ativo de apropriação, interpretação e reinterpretação das possibilidades culturais recebidas”<sup>1</sup>. Segundo a autora, qualquer pessoa pode tornar-se mulher desde que influenciados pela cultura, dessa forma observa-se que na zona rural os costumes estão intrinsicamente ligados a subordinação da mulher ao chefe da família, ou seja, a figura masculina.

Outrossim, relacionando mais a fundo o empoderamento com o meio rural, pesquisas apontam que no território brasileiro os estabelecimentos agropecuários estão predominantemente sob o domínio masculino sendo homens produtores de 315.706.221 hectares e mulheres de apenas 17.973.816 hectares (IBGE, Censo agropecuário 2006). Nestesentido, pode-se ressaltar a pesquisa realizada por Joan Scott, em seu célebre artigo Gênero: uma categoria útil de análise histórica, onde é feita uma análise do termo gênero que resulta na ideia de que gênero está interligado a relação de poder, tratando-se de uma questão sócio cultural e não vinculado à o sexo biológico. Dessa forma, a concepção adotada por Scott, pode ser vista nas situações cotidianas e comprovadas por um levantamento de dados, como pode ser visto acima.

Entretanto, as identidades femininas continuam sendo atreladas ao seu sexo biológico e seguindo as relações históricas de poder estabelecidas, se submetem aos mandos patriarcais, dificultando assim, exercer seu direito à cidadania. Para a idealização da igualdade de gênero e exercício da cidadania o

direito brasileiro positivou algumas demandas feministas. Porém, mesmo com esta legislação os direitos tem sido violados de forma contínua e para que haja o combate destas violações são necessárias transformações culturais que almejem a igualdade de forma plena (Oliveira, 2015, p. 368).

Em síntese, os princípios para o empoderamento devem ser incorporados também na área rural, a fim de demonstrar a importância da mulher neste meio e torná-la livre para realizar suas escolhas. Salienta-se, que estas despendem seu tempo velando pela educação, nutrição e saúde da família, preocupando-se mais com o meio ambiente e o futuro das gerações.

#### **4 A vinculação entre: gênero e o desenvolvimento sustentável**

De acordo com o dicionário online de língua portuguesa Priberam, a definição da palavra sustentável é “que tem condições para se manter ou conservar”. Deste modo, compreende-se que o desenvolvimento sustentável parte das premissas de que o planeta deve conseguir auto sustentar-se, manter-se com seus próprios recursos e ser conservado por todos e todas que nele vivem.

Na prática as mulheres se preocupam mais com a nutrição, saúde e educação da família e da comunidade em que vivem. Mas, também apresentam muita desigualdade quando da remuneração do seu trabalho na esfera privada, a título de exemplo podem ser citados dados da FAO (2015) que revelam que as mulheres gastam uma média de 202 horas por ano em atividades domésticas, já os homens gastam apenas 52 horas por ano nas mesmas funções. Somado a isto as mulheres possuem mais dificuldade de acesso à terras, financiamentos, tecnologias e insumos agrícolas, o que faz com que as mudanças do clima afetem as mulheres desproporcionalmente. (Lima, Santos, Vasconcelos, 2016, não paginado).

Sendo assim, a igualdade de gênero tem um forte vínculo com a sustentabilidade e o desenvolvimento do planeta, sendo este

econômico, social, político e ambiental. Nesse sentido, ressalta-se o quinto objetivo da agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável propagado pela ONU, sendo ele: “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”(ONU Brasil, 2018 b, não paginado).

Desse modo é imprescindível fazer o reconhecimento destes aspectos estruturais que fazem parte na vida das mulheres rurais e que obstaculizam reconhecer a importância da mulher no desenvolvimento local, regional, nacional e quiçá mundial, com o objetivo de além vencer as disparidades de gênero desenvolver resistência a ponto de cessar a vulnerabilidade feminina(Lima, Santos, Vasconcelos, 2016, não paginado).

Dessa forma, para alcançar o objetivo citado a cima necessário se faz observar os objetivos específicos previstos na própria agenda 2030.

1. Estabelecer liderança corporativa sensível à igualdade de gênero, no mais alto nível.
2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação.
3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as mulheres e homens que trabalham na empresa.
4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional para as mulheres.
5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de suprimentos e marketing.
6. Promover a igualdade de gênero através de iniciativas voltadas à comunidade e ao ativismo social.
7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero (ONU Brasil, 2018 b, não paginado).

Estes objetivos, são fundamentais para o alcance da igualdade de gênero e o empoderamento na medida em que demonstram a necessidade de construir propostas diferenciadas para a sustentabilidade, dando destaque aos trabalhos realizados pelas mulheres no manejo dos recursos que possuem e na conservação da biodiversidade. Desse modo, o enfoque no gênero é de grande valia

pois agrega como fundamentais as ações de mulheres e homens nas políticas ambientais, o que deverá destacar a paridade dos gêneros (CARDOSO; YAGHSISIAN; 2015, p.145 - 146).

Dessa forma, a partir de 2003 no Brasil, o Governo Federal, implementou ações que estimulam a produção e gestão das propriedades rurais com o objetivo de auferir um desenvolvimento sustentável e humanitário juntamente com as trabalhadoras rurais. Sendo assim, o trabalho realizado por elas auxilia a movimentar a economia e erradicar a pobreza. (ONU Mulheres, 2016, p. 84).

Toda via, entende-se que o empoderamento é fundamental quando se busca o desenvolvimento sustentável e para efetiva-lo é necessário adotar mais políticas públicas baseadas no gênero além de dar continuidade às já existentes. Portanto, a participação de todas e todos faz-se imprescindível ao passo que o trabalho realizado é indistintamente importante e contribui para o desenvolvimento do planeta. Porém, para que o planeta possa auto sustente-se com seus próprios recursos é fundamental que a pobreza e a conseqüente fome sejam combatidas.

#### **4.2 O empoderamento da mulher rural como forma de erradicar a fome e a pobreza**

O empoderamento da mulher rural é fundamental para alcançar a erradicação da fome e pobreza em âmbito internacional e nacional, sendo que no Brasil a Constituição Federal prevê em seu Art. 3º, inciso III, a erradicação da pobreza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. De fato, mesmo atualmente, com todo o trabalho despendido pelas mulheres no campo, a falta de voz nas decisões impede o desenvolvimento e a falta de acesso a programas sociais voltados ao gênero reforçam a fome e o empobrecimento.

De acordo com relatório de segurança alimentar divulgado pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) juntamente com a Organização Pan-americana



de Saúde (OPAS) - (Panorama da Segurança Alimentar e Nutricional na América Latina e Caribe, 2017) no mundo a fome afeta mais as mulheres do que os homens, sendo que 7,9 por cento das mulheres vivem a insegurança alimentar enquanto o índice de fome que afeta os homens é de 7,3 por cento. Toda via, o Brasil vem alcançando índices inferiores a 5 por cento desde 2014, o que ocasionou a saída do país do mapa da fome da ONU (FAO, 2017).

Ademais, destaca-se que a agricultura familiar no Brasil, supre cerca de 70 por cento do mercado em culturas específicas, sendo que as mulheres representam 30 por cento do total de trabalhadores rurais do Brasil (IBGE, 2006). Além disso, a média de horas gastas pelas mulheres em atividades rurais é de 372 horas, por ano, já, as horas gastas pelos homens nas mesmas atividades gira em torno de 368 horas por ano (FAO, 2015). Sendo assim, a agricultura familiar pode auxiliar ainda mais na redução dos casos de pobreza e insegurança alimentar (Lima, Santos, Vasconcelos, 2016, não paginado).

A vista disso, a agricultura familiar tem função substancialna produção de alimentos saudáveis ao passo que fornece desde legumes, frutas e vegetais até alimentos de origem animal. Segundo o Panorama da Segurança Alimentar e Nutricional na América Latina e Caribe (2017) mesmo com toda esta produção, nem sempre as famílias tem variedade de alimentos disponíveis, o que necessita ser discutido a fim de que sejam criadas políticas públicas voltadas à produção de alimentos e a nutrição. Em consequência disso, indispensável se faz, o acesso ao mercado e assim as diferentes culturas, o que ocasionaria a movimentação da economia a proporção que é vencida a desnutrição.

Como forma de atenuar estes problemas, no Brasil as mulheres já obtiveram algumas conquistas, como sendo beneficiarias diretas de programas do governo como Minha casa, Minha vida e Bolsa Família (Nogueira; Duarte, 2014, p.218). No entanto isto ainda não é suficiente na medida em que para uma equidade ser alcançada é preciso combater as desigualdades no que

diz respeito a cultura, mutabilidade do mercado, falta de infraestrutura, e a escassez de programas sociais direcionados ao gênero (Lima; Santos; Vasconcelos, 2016, não paginado).

Outrossim, a pobreza torna a cidadania feminina mais fragilizada obstando que a estas encarreguem-se de ações políticas que permitam melhorar sua condição, o que acaba com as opções de saída das mulheres do ciclo da pobreza. Posto isto, políticas públicas que abranjam gênero, raça, etnia, classe, são necessárias para enfrentar estas desigualdades de gênero no campo que proporcionem a autonomia das mulheres rurais reconhecendo a sua cidadania (Santana; Piedade, 2017, p. 58-59).

Em suma, a igualdade de gênero é um direito fundamental e todos os óbices que obstaculizam a igualdade na condição social, econômica e jurídica das mulheres rurais devem ser eliminados. Portanto, para que seja alcançada a erradicação é necessário que todas e todos reconheçam as contribuições feitas pelas mulheres na produção de alimentos, na tomada de decisões dentro e fora da propriedade e que isto é sim essencial para a segurança alimentar além de um direito fundamental humano.

## **5 Considerações Finais**

Contudo, na área rural os conflitos de gênero advêm de forma massiva das relações de trabalho. Pois, é no trabalho no campo que as desigualdades de gênero se acentuam a ponto de permitir a submissão feminina ao papel histórico patriarcal às mulheres atribuído, baseado no sexo biológico, que delinea como correto o trabalho doméstico e a ajuda no trabalho agrícola.

Portanto, o empoderamento é essencial na medida que possibilita às mulheres a obtenção do direito de participar das decisões voltadas a propriedade e a família de forma que também exerça poder sobre estas e que por esse meio possa reafirmar sua liberdade e cessar a hierarquia imposta pela sociedade. Ademais,

este empoderamento deve dar-se também nas estruturas econômicas, políticas e sociais do local onde vivem as mulheres.

Além disso, são necessárias políticas públicas em âmbito nacional e internacional que visem empoderar para obter a autonomia e a igualdade entre mulheres e homens rurais. Dessa forma, ressalta-se a importância das mulheres no desenvolvimento sustentável, pelo uso dos recursos naturais e a produção de alimentos orgânicos que abrem possibilidade da mulher rural obter renda própria.

Isto posto, imprescindível se faz a prática de assistências técnicas que busquem informar sobre o planejamento reprodutivo e a produção de alimentos. Assim, seria possível alcançar a erradicação da fome e aquebra do ciclo da pobreza. Em consequência disso tudo, setornaria propícia a facilitação da efetivação dos direitos humanos fundamentais garantidos pelos tratados no âmbito internacional e pela Constituição Federal em âmbito nacional que garantem a todos e a todas cidadania e uma vida com dignidade.

## 6 Referências

ALVES, Ana Elizabeth Santos.BARBOSA, Juliana Pereira. LIMA, Ediléia Rodrigues.SILVEIRA, Ivana Teixeira.Divisão sexual do trabalho em comunidades rurais. In. IX SEMINÁRIO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS “HISTÓRIA, SOCIEDADE E EDUCAÇÃO NO BRASIL” Universidade Federal da Paraíba, 2012, João Pessoa, PB. *AnaisEletrônicos*...João Pessoa, Paraíba: ISBN 978-85-7745-551-5. p. 4215-4226. 2012. Disponível em <[http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer\\_histedbr/seminario/seminario9/PDFs/7.15.pdf](http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario9/PDFs/7.15.pdf)> Acesso em: 10 Ago. 2018.

BETTES, Janaína Maria. LEITE, Carla Vladiane Alves. *As lutas do feminismo no Ocidente e as suas conquistas jurídicas*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF, 25, 2016, Brasília- DF, *Anais...* Brasília- DF: ISBN: 978-85-5505-200-2, 2016. P.207-222. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/yoii48ho/131y9yi8/6p1x92oet64B7M5E.pdf>> Acesso em 10 Ago. 2018

BORTH, Luana Cristina. COSTA, Marta Cocco da. HONNEF, Fernanda. SILVA, Ethel Bastos da. SOARES, Joannie dos Santos Fachinelli. Mulheres rurais e situações de violência: fatores que limitam o acesso e a acessibilidade à rede de atenção à saúde. **revista gaúcha de enfermagem**, v. 38, p. e59553-53, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rgenf/v38n2/0102-6933-rgenf-1983-144720170259553.pdf>> Acesso em: 11 Ago. 2018.

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

\_\_\_\_\_, *Lei Maria Da Penha*. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006.

BUTLER, Judith. Sex and Gender in Simone Beauvoir's *Second Sex*. *Yale French Studies*, New Haven, v. 72, pp. 35-41, 1986.

CARDOSO, Simone Alves. YAGHSISIAN, Adriana Machado. O empoderamento das mulheres na prevenção de conflitos para efetividade dos objetivos do desenvolvimento sustentável pós-2015. In. ENCONTRONACIONAL DO CONPEDI/UFES, 24, 2015, Aracaju, SE, *Anais... Aracaju, SE*: ISBN: 978-85-5505-061-9. P.138-154. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/091ud5at/6XT84s7zS6C5xz7L.pdf>> Acesso em: 15 Ago. 2018.

COSTA, Marta Cocco da. LOPES, Marta Julia Marques. SOARES, Joannie dos Santos Fachinelli. Violência contra mulheres rurais: gênero e ações de saúde. **Escola Anna Nery revista de enfermagem**, v. 19, p. 162-168, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v19n1/1414-8145-ean-19-01-0162.pdf>> Acesso em: 11 Ago. 2018.

DUARTE, Adélia Dugatto. NOGUEIRA, Sandra Vidal. Empoderamento de mulheres do meio rural: um marco para acelerar a igualdade e promover os direitos humanos. In. CONGRESSO INTERNACIONAL DA FACULDADES EST. 2, 2014, São Leopoldo, RS. *Anais... São Leopoldo, Rio Grande do Sul*. v. 2. p. 713-727. 2014. Disponível em <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/296-1552-1-PB.pdf>> Acesso em: 11 Abr. 2018.

IBGE, Censo agropecuário 2006. Disponível em: <> Acesso em: 10 Ago. 2018.

FAO, Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. 2016 América latina e o caribe panorama da segurança alimentar e nutricional sistemas alimentares sustentáveis para acabar com a fome e a má nutrição, Santiago-Chile, 2017. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i69770.pdf>> Acesso em: 16 Ago. 2018.

\_\_\_\_\_, Food and Agriculture Organization. Enhancing the potential of family farming for poverty reduction and food security. Rome: FAO, 2015. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i5120e.pdf>>. Acesso em: 14 Ago. 2018.

FCC, Fundação Carlos Chagas. FCC apresenta resultados sobre Estudos de Indocumentação de Mulheres Rurais Promovido pela FAO e pelo MDA, estudo realizado pela Fundação revela a realidade da população que não tem acesso a um dos principais direitos de cidadania. Disponível em: <[http://fcc.org.br/fcc/images/institucional\\_slides/documentos/destaque-estudo-mulheres-rurais.pdf](http://fcc.org.br/fcc/images/institucional_slides/documentos/destaque-estudo-mulheres-rurais.pdf)> Acesso em: 15 Ago. 2018.

IRINEU, Roxane De Alencar. XAVIER, Laécio Noronha. Diferenças de gênero e igualdade de direitos: poder nas relações produtivas, divisão sexual do trabalho e reconstrução de identidades sociais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 25, 2015, Belo Horizonte- MG, *Anais...* Belo Horizonte- MG: ISBN: 978-85-5505-128-9, 2015, P. 201- 230. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/11208znb/A8l3xUxFTDBueDXh.pdf>> Acesso em: 17 Ago. 2018.

LIMA, Amanda Barroso. SANTOS, Beatriz Abreu dos. VASCONCELOS, Isadora Cardoso. Desafios e perspectivas para as mulheres rurais no Brasil sob a ótica da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. One Page Series, v. 319, p. 1-2, 2016. Disponível em: <[http://www.ipc-undp.org/pub/port/OP319PT\\_Desafios\\_e\\_perspectivas\\_para\\_as\\_mulheres\\_rurais\\_no\\_Brasil\\_sob\\_a\\_otica\\_da\\_Agenda\\_2030\\_para\\_o\\_Developmento\\_Sustentavel.pdf](http://www.ipc-undp.org/pub/port/OP319PT_Desafios_e_perspectivas_para_as_mulheres_rurais_no_Brasil_sob_a_otica_da_Agenda_2030_para_o_Developmento_Sustentavel.pdf)> Acesso em: 14 Ago. 2018.

OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. **Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 24, 2015, Belo Horizonte- MG, *Anais...* Belo Horizonte- MG: ISBN: 978-85-5505-126-5, 2015, P. 355-379. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/qhtRfRHK92qr4WJ1.pdf>> Acesso em: 08 Ago. 2018.

ONU Brasil (a). Mais de 200 milhões de mulheres no mundo não têm acesso à saúde sexual e reprodutiva, alerta UNFPA. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-200-milhoes-de-mulheres-no-mundo-nao-tem-acesso-a-saude-sexual-e-reprodutiva-alerta-unfpa/>> Acesso em: 14 Ago. 2018.

---

**(b).Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 10 Ago. 2018.**

ONU Mulheres. Mais igualdade para as mulheres brasileiras: caminhos de transformação econômica e social. In. Encarte Brasil baseado no Relatório“O Progresso das Mulheres no Mundo 2015-2016”, Brasília: ONU Mulheres - Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, 2016. ISBN: 978-85-88201-32-3. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/05/encarte-Mais-igualdade-para-as-mulheres-brasileiras\\_site\\_v2.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/05/encarte-Mais-igualdade-para-as-mulheres-brasileiras_site_v2.pdf)>. Acesso em: 10 Ago. 2018.

**PRIBERAM, Dicionário, "sustentável", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-201. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/sustentavel>>. Acesso em 16 Ago. 2018.**

RHEIN, Talita Halmenschlager, Desafio da mulher na gestão das propriedades rurais familiares do município de Westfália/rs. CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES CURSO DE ADMINISTRAÇÃO. Lajeado- RS, 2016. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1483/1/2016TalitaHalmenschlagerRhein.pdf>> Acesso em: 17 Ago. 2018.

SANTANA, Selma Pereira de. PIEDADE, Fernando Oliveira . Políticas Públicas de Gênero frente às manifestações das assimetrias de gênero e pobreza. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS- MARANHÃO, 27, 2017, São Luís, MA, *Anais...* São Luís, MA: ISBN:978-85-5505-569-0, 2017, P. 46-62. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/7hf15gnq/y3n7N3zi4V5B9iIP.pdf>> Acesso em: 13 Ago. 2018.

- SARDENBERG, Cecília. Conceituando Empoderamento na Perspectiva Feminista. In: DAYSE A. SANTOS; MARIA GRAZIA CRIBARI CARDOSO; PARRY SCOTT. (ORG.). FEMINISMO, DIFERENÇAS E DESIGUALDADES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO: ALGUMAS LEITURAS FUNDAMENTAIS. 1ed. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 2017, v. 1, p. 26-35. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/6848/1/Conceituando%20Empoderamento%20na%20Perspectiva%20Feminista.pdf>> Acesso em: 18 Ago. 2018.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica, Educação & Realidade, ano 1995, n. 20. Jul/dez. 1995- ISSN 0100-3143 (impresso) e 2175-6236 (online). Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>>. Acesso em: 14 Mar. 2018.
- SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. ROSA, Marina de Almeida. Subalternidade e emancipação da condição de mulher: um exame dos avanços no sistema interamericano de direitos humanos. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 7, 2017, Braga, Portugal, *Anais...* Braga, Portugal: ISBN: 978-85-5505-477-8, 2017. P. 81-105. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/o2bo2e5o/TV7I37IjdYwH3oSI.pdf>>. Acesso em: 06 Ago. 2018.